جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
بطنطا

دروس
في
مصادر الالتزام

الأستاذ الدكتور
لاشين محمد الغاياتى
عميد كلية الشريعة والقانون - بطنطا
والمحامى بالنقض والإدارية العليا

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمـد لله رب العالمين الذي أمرنـا بالوفـاء بالعقود والعهود فقال سبحانه وتعالـى فـى كتابه العـزيز (يا أيـها الـذين أمنوا أوفـوا بالعقـود) وقـال جـل شـأنه (وأوفـوا بالعهـد إن العهـد كان مسـئولا) (كـل نفس بمـا كسـبت رهينـة) (وكل إنسان ألزمناه طائره فى عنقه) اللهم صلى على سيدنا محمد خير من وفى بعهده ووعده فبلغ الرسالـة وأدى الأمانة وجاهد فى الله حق جهاده . فصلـوات الله عليه وعلى آلـه وصحبه أجمعـين وبعـد ،، .

فهـذه خلاصـة الدروس التى ألقيتها على الطلاب فى مصادر الالتزامات راعيـت فيـها بقدر الإستطاعه أن تكون مبسطه وسهله ومحتوية العناصر الجوهرية والمبادئ العامـة دون الخوض فى التفصيلات تيسيرا وتخفيفا على الطلاب وعونا لهم على المذاكرة .... علما بأن الرجوع إليـها لا يغنـى الطالب عن متابعة دروسه والمواظبة عليها كما يتعين عليه الرجـوع إلـى المراجع القانونية لتساعده على تربية ملكة التأمل والاستنباط وهى الهدف مـن الدراسـة الجامعيـة .

والله أسأل أن يحقق لهم هذا العمل المتواضع الفائدة المرجوة
إنه نعم المولى ونعم النصير .

أ. د / لاشين محمد الغاياتى

تمهيد

• فى تعريف الالتزام وخصائصه واهميته ومصادره

اولا - تعريف الالتزام :

عرف القانون الرومانى الالتزام بانه (رابطة قانونية توجب على شخص أن يقوم بوفاء شئ طبقا للقانون) وقيل بانه رابطة تخول شخصا أن يجبر أخر على أن يعطيه شيئا أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل .

وقد أخذ الفقيه (بوتييه) تعريفه للالتزام عن الرومان حيث قال بانه (رابطه قانونية تجبرنا نحو شخص أخر على أن نعطى شيئا أو تقوم بعمل أو نمتنع عن عمل .)

ومن هذه التعاريف يتبين أن الالتزام فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم هو عبارة عن رابطة أو علاقة قانونية أى تقوم وفقا للقانون بين شخصين أو أكثر - دائن - ومدين - وأن محلها أو موضوعها أو الغرض المباشر الذى قامت من أجله - إعطاء شئ أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

ولقد أدمج التقنين الفرنسى القديم تعريف الالتزام فى تعريف العقد حيث نص فى المادة ١١٠١ مدنى فرنسى (على أن العقد إتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء شئ أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل) فالعقد إتفاق ينشئ التزاما . والالتزام حالة أو رابطة قانونية بين شخصين .... الخ .

وعرف القانون المدنى المصرى القديم فى المادة ١٤٤/٩٠ الالتزام مستقلا عن العقد واطلق عليه التعهد حيث قال (التعهد هو ارتباط قانوني الغرض منه حصول منفعة لشخص بالزام المتعهد بعمل شئ معين أو بامتناعه عنه .)

فالمشـــرع المصـــرى عبر عن الالتزام بالتعهد (وهو تعبير يوحى بان الإلتزام ناشئ بإرادة الشخص فـى حـين أن المقصود تعريف الالتزام بوجه عام سواء كان مصدره الإرادة أو غـــيرها) وهـــذا امـر يوخـــذ عليــه . (١)

•الالتزام فى القانون والفقه المصرى الحديث :

إن القانون المدنى الجديد لا يعـرف الالتزام لأن التعاريف فى الغالب ليست من صنع المشـــرع بل من عمـل الفقـــهاء وشـــراح القانون واجتهادهم .

- ولذلك عرفـــوه بتعريفات شتـــى نذكـر بعضها :

أ - الالتزام (رابطة أوعلاقة قانونية بين طرفين محلها إعطـــاء شـــئ أو عمل أو امتناع عن عمل له قيمه مالية يقتضيه احدهما ويسمـــى الدائن والآخـــر الذى يسمـــى مـــدين) (٢)

ب - الالتزام (واجب قانونى خاص ، مضمونه أداء عمل أو امتناع عن عمل ذو قيمة مالية) (٣)

جـ - أو هو (واجب قانونى على شخص معين يسمـــى الملـتزم أو المـــدين بمقتضاه أن يكـون علـى هـذا الشخص أن يقوم بأداء مالى لمصلحـة شخص آخر يسمى الدائن) (٤) . فكلمة الواجب يطلق عليـها التزامـــا إذا نظرنا إليها من ناحية المدين . ويطلق عليها حقا شخصيا إذا نظـــرنا إليـهـــا .

---

(١) موجز فى أصول الالتزامات ، د/ سليمان مرقس ص١٢ سنة ١٩٦٣ م
(٢) الوجـيز فى نظرية الالتزام - د/ محمود جمال زكى ص٧ سنة ١٩٦٨م
(٣) مـبادئ القانـــون د. جمـيل الشرقـاوى ص ٣٩٢ سنة ١٩٧٢ م
(٤) دروس فـى نـظرية الالـــتزام - د / محمـد لبيـب ص٣ سنة ١٩٧٧

من جانب الدائن . وبهذا نستطيع أن نقرر أن كلا من الالتزام أو الحق الشخصي معناهما واحد (١) ولا يختلف مدلول احدهما عن الآخر لدى الفقهاء (٢) .

د - وعرفه الدكتور السنهوري بأنه حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل .

فغالبية الفقهاء يرون أن الالتزام والحق الشخصي لفظان مترادفان وهما شئ واحد ، فالحق الشخصي هو الالتزام لأنه يسمى حقا إذا نظرنا إليه من جانب المدين . (٣)

ولكن بعض الفقهاء يرون بأن الالتزام يختلف عن الحق الشخصي لأنهما وإن دلا على شئ واحد فهما مختلفان في الحقيقة لأن الحق الشخصي قوامه الدائنية (٤) وهي سلطة قانونية تخول للدائن إجبار المدين على القيام بعمل شئ أو الامتناع عن عمل شئ . والالتزام قوامه المديونية التي هي عبارة عن تكليف قانوني بمقتضاه يكلف المدين بإعطاء شئ أو الامتناع عن عمل شئ .

والذي نراه بأن الالتزام رابطة أو علاقة قانونية يسأل بمقتضاها شخص عن القيام بأداء مالي معين (٥) نحو شخص آخر . وقد آثرنا هذا التعريف لكي نبرز

---

(١) نظرية الالتزام د. سمير تناغو ص٥ سنة ١٩٧٥ .

(٢) محاضرات في نظرية الالتزام د. جمال العاقل ص٥ سنة ١٩٧٩

(٣) الوسيط جـ١ صـ١٢٥ .

(٤) مصادر الالتزام وأحكامه د. حسين النوري ص١١

(٥) مذكرات في نظرية الالتزام ص٣٥ سنة ١٩٨١ . د . احمد سلامه .

أن الالتزام رابطة قانونية اشارة الى أن العنصر الشخصى لا يزال هو البارز فى التقنين المصـــرى (١).

•أركــان الالتــزام :

من التعاريف السابقة الذكر نجد أن الالتزام قائم على ثلاثة أركان :

أ - وجـــود رابطة بين طرفـــى الالتزام - دائن ومـــدين - فلا وجود للالتزام بدونهما أو على الأقل بدون وجود مدين من وقت نشـــوء الالتـــزام .

ب - محـــل الالتـــزام وهو الأداء الذى يلتزم به المدين من إعطاء شئ كالتزام البائـــع بتسليم الشئ المبيع للمشترى أو عمل شـــئ كبنـــاء مدرســة أو مستشفى أو امتناع عن عمل كالتاجر الذى التزم بعدم المنافسة لتاجر أخر والمحل هنا يجب أن يكون أداء ماليا اى يمكن تقديره بالمال . وإلا كنـــا بصـــدد واجب قانونى بالالتزام ... مثـــل تأديـــة الخدمـــة العسكريـــة ورعايـــة الأطفـــــــال .

غـــير أن شـــرط الأداء المالى لم يجمــــع عليه كافة فقهاء القانون فهنالك البعض لـــم يستلزم ذلك (٢) .

جـ - وجود سبب للالتزام .
والسبب أمـــا أن يكـــون عامـــا وهـــو المصدر المنشئ للالـــتزام (٣) كالعقد والإرا دة المنفردة والإثراء بلا سبب وهو الفعل النافع الذى يحـــدث التزاما فى ذمة المنتفع . والفعل الضار الذى ينشئ التزاما فى ذمة المتسبب فى الضرر وقد يكون المصدر القانون نفسه .

---

(١) بعكس من قالوا بأنه حالة قانونية اشارة منهم بان التقنين المصرى يميل الى النظرية المادية فى الالتزام

(٢) د. جمـــال العاقـــل ص٨ سنة ١٩٧٣

و إما أن يكون السبب خاصـــــا أي يختص بالعقد دون غـــيره من الأسـباب الأخــرى فـإذا كان العقد نفسه كمصدر من مصــــادر الالتزام فانه يعتـبر ســـببا منشــــنا للالـــــتزام (١)

خصائص الالتزام في الفقه الوضعــــي (٢)

==========================

مـن التعاريف السابقــة للالتزام نستنبط بان لـــه خصائص عدة نذكـــر أهمـــها وهــــي :

١- الالتزام رابطة او علاقة قانونية تقوم بين شخصين او اكـثر أحــدهـما يطلق عليه الدائن والآخر يسمي المدين وينبغي تعيينه منذ البداية .

٢- الالتزام له قيمــة ماليــة ،غير أنـــها سلبية تنقص من ذمة المدين المالية بقدر ما يزيد الحق الشخصي في ذمة الدائن .

٣- الالتزام قابل للانتقال والتحــويل : فيما بين الأحــياء و بسـبب الديـــن وايضا الحق الشخصي الذي يقابله قابل للانتقال مـن دائن لآخــر عــن طريق حوالة الحق .

٤- الالتزام عارض وقــتي : ومعنــي ذلك انـــه ينقضي بتنفيذه أو بالتقادم أو بالإبراء أو بالمقاصة - فهو واجـــــب علي المـــدين يزول بالوفـــاء

---

(١) د. مختار القاضي فـــي أصــــول الالتزامــات ص٦

(٢) د. سليمان مر قس ص١٧، . د. أحمد سلامة ص٣١

د. عبد الناصـــر العطـــار نظريــة الالــــتزام ص٩

د. جميل الشرقاوي نظرية الالتزام ص١٤ وما بعدها

د. لبيب شــــنب نظرية الالتزام ص٤ وما بعدها

أو مـــا يقوم مقامه بعكس الواجـــب العـــــام المقابل لكل حـــق فانـــــه لا ينقضي بتكـــرار الوفـــاء لانه واجـب مستمر ،

٥- الالـــتزام قيـــد يرد علي حريـــة المدين علي خلاف الأصل وبراءة الذمة فالمدين الذي تصبح ذمته مشغولة بما عليه من التزامات لا يستطيـــــع أن يتصرف تصرفا يضر بالدائن الذي مـــن حقـــه أن يلـجأ للقضـــــاء ليجبره علي الوفاء بما عليه من ديون ،

٦- فالالتزام واجـــب قانوني علي شخـــص معين (المدين) ولصالح شخص آخـــر (الدائن) ولذلك يخـــرج من نطاقه الواجب الأدبي والأخلاقـــي والواجـــب العام المفروض علي كافة الناس والذي لا يثقل كاهل أحـــد ولا يؤثر علي الذمـــة الماليـــة لأحـــد .

<u>عناصر الالتزام</u>

الالتزام يتكون من عنصرين : هما عنصر المديونية وعنصر المسئولية فالمراد بالمديونية الواجب الذي يقع علي عاتق المدين والذي يتمثل في قيامه بعمل أو امتناع عن عمل أو نقله لحق عيني .

والمراد بالمسئوليـــــة : استطاعة الدائن إجبار مدينه علي القيام بالوفاء إذا لم يقم به عن اختيار وطواعية .

اذن الالتزام بالمعني الدقيق (المدني) يتكـون من هذين العنصريين و إذا لـم يتوافــر عنصر المسئولية فإننا نكـون بصدد التزام طبيعي او أدبي فلا يستطيع الدائن أن يجبر مدينه علي الوفاء ولكنه إذا أوفى كان وفاؤه صحيحـا صـادرا من مدين وليس متبرعا وفقا للقانون المدني الذي نص علـي انـه " لا يسترد المدين ما اداه باختياره قاصدا ان يوفـي التزاما طبيعيـا " (١)

---

(١) المادة ٢٠١ مدني

أهمية الالـــــتزام:

إن نظرية الالتزام لـــها أهميتها العمـــلية والعلميــــة:
أما أهميتـــها العمليـــة : فان الالتزامات تعد من ضروريات الحياة العملية وأكثرها وقوعـــا في الحياة اليومية هــي الالتزامات التعاقدية حيث ان الإنسان قاصر عن إشباع حاجاته بنفسه لذلك يتعين عليه أن يستعين بغيره لإشباع هذه الحاجات عن طريق المبادلات وفقا لروابط قانونية وهـــي العقـــود التي تنشئ التزامات في ذمة طرفيـــها .

أما عـــن الأهمية العلمـــية للالتزام فإنها ترجـــع إلى أنها اكثر فـــروع القانون امتلاء بالمنطق مما ينمي لدي الباحـث فيها الملكة القانونية .

وفضلا عن ذلك فإنها تتميز بصيغتها التعميمية والتجريبية حيـث تقوم الأصـــول العامة والمبادئ المجردة دون الدخول في التفاصيل والجزئيات كمـــا أن هـــذه النظرية لها الصدارة في الدراسات القانونية بتغلغلها في معظم فـــروع القانون العـــام والخـــاص .

فهي بحق تكفل الحماية اللازمة لسائر الحقوق الناشئة عن القانون العام والخاص ((لان الاعتداء علي أي منها يعتبر عملا غـير مشروع يولد في ذمة المعتدي التزاما بتعويض الأضرار الناشئة عن اعتدائه)) (١).

فهـــذه النظرية بالنسبة للقانون كالعمـــود الفقري بالنسبة للإنسان .

---

(١) د . حسن النورى ص٥٠

الالتـــزام في الفقــه الإســـــلامــي

هــــو إيجاب الشخص علي نفسه أمرا جائزا شرعـا ولم يكن لازما له (١) فهو يرتبط بالإرادة ومصادره العهد والعقد والمراد بالعهد الإرادة المنفردة .

أمـا الإلــــزام فهو إيجاب المشرع علي شخص أمرا ، ومصادره العمل المشروع وغير المشروع والقانون والاستيلاء والحيازة فالالتزام يعود أولا إلى إرادة الشخص . والإلزام يرجــــع إلـــى إرادة الشـــــارع .

والواقـــــع أن فكـــرة الالتـــزام والإلـــزام في الشريعة الإسلامية تزود الدراسات القانونية بفكرة جديدة وأسلوب واضح في البحث يستدعي الأخذ بها والاستغناء عن الفقه الأجنبي حتى يكون للتشريع المصري كيانه واستقـــلاله وأصوله ومصطلحاته المستمدة من لغتنا الفصحى وتراثنا الإســـــلامي العربـي العظـــــــيم (٢) .

وبالمقارنـــة بين الالـــــتزام الشرعــي والوضعي نجد أن مصدر الالتزام الشرعي هو إرادة الشخص الملتزم نفسه . أما مصدر الالتزام الوضعي . فقـــد يكون الارادة او الفعل الضار او النافع حيث يرتب القانون عليه أثرا ملــــزما . وقـــد يكون القانون نفسه هـــو المصـــدر المباشر لهــــذا الالتـــــزام .

---

(١) فتـــح العلي المـــــالك ص١٨٠ وبعدهــــــا .

(٢) د . عبد الناصر العطار السابق ص٢٣ ،ص٢٤

موقف نظرية الإلتزام من القانون المدني

أن القانون المدني ينقسم إلى قسمين رئيسيين:

١- أحوال شخصية : وهي القواعد التي تنظم علاقة الفرد بأسرته من وقت ميلاده إلى وقت مماته..... وتولي تنظيم أحكامها الشريعة الإسلامية والشرائع الأخرى .

٢- أحوال عينية ومعاملات : وهي القواعد التي تنظم علاقة الفرد بغيره من حيث المال : والمال في لغة القانون ما هو إلا الحق والحقوق بأنواعها العينية والشخصية تكفل القانون المدني بتنظيمها وبيان أحكامها من حيث نشوئها وآثارها وأثباتها والقضائها .

فالحقوق المالية قسمان : **حقوق عينية وحقوق شخصية**

الحق العيني : هو سلطة الشخص علي شئ معين بالذات بمقتضاها يستطيع صاحب الحق أن يستعمله أو ان يحصل منه علي كل الفائدة التي يمكن تحصيلها منه دون واسطة .
إذن الحق العيني يتكون من عنصرين : هما : صاحب الحق ، محل الحق .

الحق الشخصي : ((الالتزام))
رابطة بين شخصين دائن ومدين تخول للدائن ان يطالب المدين باعطاء شئ او القيام بعمل او الامتناع عن عمل . فيتكون من عناصر ثلاثة :

صاحب الحق ((الدائن)) ومن عليه الحق ((المدين)) ومحل الحق .

اهمية التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي :

أن هذين الحقين يتفقان في انهما حقوق مالية تدخل في تكـوين العنصر الإيجابي للذمة المالية : غير انهما يختلفان في الموضوع والأطـراف ، والاثار انظر الموضوع بالتفصيل فى كتابنا نظرية الحق ص ٥٠ وما بعدهـــــا. فمن حيث الموضوع أو المحل نجد الحق الشخصي محله إعطاء شـئ أو عمل أو الامتناع عن عمل شئ بخلاف الحق العيني فانه محـل شـئ معين بالذات.

ومن حيث الأطراف : فان الحق الشخصي له طرفان دائن ومدين بخلاف الحق العيني فان له طرف واحد هو صاحب الحق الذي يستطيع أن يستفيد مـن الشئ مباشرة دون وساطة شخص اخر ٠ وهذه السلطة المباشرة لا توجـد في الحق الشخصي لان صاحبه لا يستطيع ان يحصل علي حقه الا بمطالبة المدين ٠

ويترتب علي اختلافهما فيما سبق اختلافهما في الآثار المترتبة علي كـل منهما فلصاحب الحق العيني حق التتبع وحـق الأفضلية دون صاحـب الحـق الشخصـــــي ٠

المذهب الشخصي والمذهب المادي للالتزام ٠ (١)

إن أساس الالتزام وفقا للمذهب الشخصي يكمن في طرفيه وهمـا الدائن والمدين ، فالالتـزام ما هو إلا رابطـة شخصية بينهما فلا يمكن وجـوده إلا بوجودهما ولا بقاؤه إلا ببقائهما ٠ فالعبرة هنا بالأشخاص أطراف الحـق .

بخـــلاف المذهب المادي والذي أخذت به التشريعات الحديثة متفقة مع التشريع الإسلامي من حوالي أربعة عشر قرنا الذي جعل العنصر الأساسي في الالتزام هو محله الذي يتعين علي المدين القيام به لمصلحة الدائن ، ولا عـبرة بأطراف الحق وعلي هذا يمكن وجوده رغم عدم تعيين الدائن وبقاؤه رغم تغير الطرفين ٠ كالإرادة المنفردة القائمة علي طرف واحد ، وحوالـة الدين . فـان الالتزام قائم رغم تغير أحدهما او كليهما و هذا أمر مقرر في الشريعة الإسلاميـة في الجعالة و الحوالة ٠

---

(١) د٠ لبيب شنب ص ٦ .

مصادر الالتــــــزام : (١)

المصدر هو السند القانوني أو هو الواقعة التي انشأت الالتزام فيقال مصدر الالتزام العقد أي أن العقد هو الذي انشا الالتزام وأمده بالقوة وجعله ملزما ، فمصدر الالتزام هو إذن سند إنشائه .
ومصادر الالتزام في القانون المدني المصري خمسة وهي :

١- العقد: وهو توافق إرادتين أو اكثر علي أحداث اثر قانوني مثل عقد البيع الذي يتم بتوافق إرادتي البائع والمشتري وينشا عنه التزام البائع بتسليم الشئ المبيع والتزام المشتري بدفع ثمنه. ومثل عقد الإيجار الذي ينعقد بتوافق إرادتي المؤجر والمستاجر ويترتب عليه التزام المؤجر بتمكين المستاجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، والتزام المستأجر بالوفاء بالأجرة .

٢- الإرادة المنفردة : وهي اتجاه اراده واحدة لإحداث اثر قانوني مثل الوعد بجائزة لمن يقوم بعمل معين فإرادة الوعد وحدها كافية لإنشاء الالتزام،فالواعد يلتزم بوعده بمجرد صدوره منه وقبل أن يقوم أي شخص بالعمل المخصصة من أجله الجائزة.

٣- العمل غير المشروع(المسئولية التقصيرية):
وهى التى تنشأ عن فعل خاطئ من الشخص المسئول أو من الغير كالخادم فان السيد يسأل عنه متى توافرت شروط المسئولية عن فعل الغير.

٤-الإثراء بلا سبب:
فكل شخص أثرى دون سبب مشروع على حساب افتقار شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به لتعويض المتضرر عما لحقه من خسارة.

٥- القانون كمصدر من مصادر الالتزام:

يعتبر القانون مصدرا غير مباشر للالتزامـــات الناشئة من المصادر السابقة لأنه يحددها ويبين أركانها وأحكامها، وفضـلا عما سبق فانـه يعتـبر المصـدر المباشر لكثير من الالتزامات المتفرقة فى فروع القانـون المختلفـة حيـث يرتب التزاما بموجـب نصوص قانونيـة - كنص المادة(٨٠٧) مدنـى والالتزام بالنفقة للزوجة وللأبناء والتزام الممول بدفع الضرائب المفقرة قانونـا فكلـها تخضـع للنصوص القانونيـة.

* خطـة الدراسـة :

إن نظرية الالتزام تنقسم إلى قسمين،

القسم الأول :

مصادر الالتزام وما يتعلق بها من أحكام وهى محـل دراسـتنا للسنة الثانية (قسم الشريعة والقانون) وسنقوم بعرضها فى خمسـة أبواب:

البـاب الأول: العقد وأحكامه المتعلقة به.
البـاب الثانى: الإرادة المنفردة.
البـاب الثالث: العمل غير المشروع أو الفعل الضار.
الباب الربع : الإثراء بلا سبب أو العمل النافع.
الباب الخامس: القانون كمصدر مباشر للالتزام.

القسم الثانى :

أحكام الالتزام أو آثاره بما فيها من وسائل الإثبـات وهـو محـل دراسـة للسنـة الثالثـة (قسـم الشريعـة والقانـون) .

الباب الأول
في العقد وأحكامه

تمهيد :

في هذا الباب نتحدث عن المصدر الأول وهو العقد الذي يعتبر بلا شك من أهم مصادر الالتزام حيث نوضح تعريفه في الشريعة والقانون وأنواع العقود من حيث تكوينها وموضوعها وأثارها وطبيعتها كما نوضح أركانه الثلاثة وهي الرضاء والمحل والسبب وعيوب الرضا وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال كما نبين أثاره بالنسبة للمتعاقدين وللغير ،وغيرها من الأحكام المتعلقة بالبطلان المطلق والبطلان النسبي .

الفصل الأول
في تعريف العقد وتقسيماته

أولا : تعريفه في اللغة :

إن كلمة العقد قديمة في معناها وفي مبناها فهي عند العرب تطلق علي ما فيه ربط بين أطراف الشئ فيقال عقد الحبل فانعقد والعقد له معاني كثيرة فيطلق ويراد به معني الضمان والعهد والتوثيق ويطلق ويراد به أحكام الشئ وتقويته وكلمة العقد هذه هي حقيقة في الربط الحسي كربط الحبل مثلا ولكنها استعملت في الربط المعنوي مجازا كالربط الحاصل بين الايجاب والقبول كما في عقد الإيجار وعقد البيع . (١)

ثانيا : تعريف العقد في الفقه الإسلامي:

عرف العقد في الفقه الإسلامي بأنه ارتباط القبول بالإيجاب علي وجه يظهر أثرا شرعيا في المحل ٠ فلكي يتم العقد بناءا علي هذا التعريف لابد من وجود أيجاب وقبول وارتباط أحدهما للأخر حتى ينتج أثاره المترتبة عليه وهو

---

(١) القاموس المحيط ج١ ص٣١٥

تمليك البائـــع للثمـــن وتمليك المشـــتري فشئ المبيع - وعلي هذا يخرج من نطـــاق العقـــد التصرف الصادر مـن شخص واحد مثل الطلاق والعتق والوعد بجائزة وقيل بأن العقد هو كل تصرف ينشا عنه حكـم شرعي في محل معين سواء كان هذا التصرف صادرا من شخصين كعقد البيع أو من شخص واحـد كعقد الهبة والطلاق والجعاله .

وهـــذا التعريف بلا شك اعم واشمل (١) لأنه يحتوي علي جميع التصرفات الصادرة من شخص أو شخصين ولا يجعل العقد متوقفـــا علـــي الارادتين فالإرادة الواحدة تنشئ عقدا وترتب أثرا عليه ولذلك كان هو الأولى والغالب لإطلاقه علي العقد والعهد الذي يقطعه شخص علي نفسـه لاثبات اثر شرعي في كل معين كالوقف والإبراء أو إسقاط حـــق الشفعـــة .

ثالثـــا: تعريف العقد في القانون الوضعي :

هو توافق ارادتين علي إحداث اثر قانوني بإنشاء التزام أو نقله أو تعديلـــــه أو انتهائـــــه (٢) .
ومعني توافق الارادتين تراضيهما كما يتراضي البائع والمشتري والمستأجر والمؤجر أما الأثر القانوني المترتب علي هذا التوافق مثل تسليم الشئ المبيع بالنسبة للبائـــع ودفـــع الثمـــن من المشـــتري .

أمـــا التعديل فقد يتمثل في نقص الأجـــرة أو زيادتـــها في عقـــد الإيجـــار وكذلك الثمن في عقد البيع .

---

(١) التوضيح علي التنقيح ج١ ص٢١٥
(٢) د/ السنهوري في الوسيط ص١٤٩ د/عبد الحي حجازي ص١٦١
د/ مختار القاضي ص٢٥ ، د/ جميل الشرقاوي ص٤٤
د/ لبيب شنب ص٢٢ ، د/ سليمان مرقس ص ٢٨

ويري بعض الفقهاء التفرقة بين العقد والاتفاق حيث عــرف الاتفــاق بأنه اجتماع إرادتين علي إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إلغائه وبالمقارنــة بين التعريفيين نجد أن الاتفاق اعم من العقد فيكون العقد نوعا من الاتفاق فكـل عقد اتفاق وليس كل اتفاق عقد غير أن هذه التفرقة تخلو من أي فائدة عمليـة والصحيح هو عدم التفرقة بينهما لان المشروع التمهيدي عــرف العقد فـي المادة (١٢٢) بأنه هــو اتفاق ما بين شخصين أو اكثر علي إنشاء رابطــة قانونيــة أو تعديلــها أو إنهائـــها .

فهذا التعريف لا يفرق بينهما وحذف من المشروع النهائي تجنبا للإكثار من التعريفات التي من صنــع الفقهاء لا مــن صنــع المشــرع .
(نقض ١٩٧٩/٣/١٤ في الطعن رقم ٦٦٩ لسنة ٤٢ق)

المقـارنـة :

وبالمقارنة بين تعريف الفقه الإسلامي وبين تعريف الفقه الوضعي نجد أن الفقه الإسلامي يبرز الجانب المادي للتراضي وهو الإيجاب والقبــول كمـا يبين أين يكــون الأثر الجوهـــري للعقد هو في محله فهذا هو العقد كما يظهر في الوجود بخلاف التوافق في القانون الوضعي دون التعبير عنه بمظهر مادي فـلا يكفي لقيام العقد كما أن الأثر القانوني للعقد أن لم يرد علي محل فهـو والعــدم ســـــواء (١) .

---

(١) د / عبد الناصر العطار ص٢٧

رابعـا : مدي سلطان الإرادة في العقـــد :

إن إرادة الإنسان بلا شك تعتبر أهم مظهر من مظاهر حريته ولذلك نجد أثرهـا الفعال في إبرام العقود وتحد يد آثارها فالأشخاص لهم الحرية فـي أن يلتزمــوا بما يريدون وبالقدر الذي يريدونه بشرط عدم الإضرار والتعدي علي حـريــة الآخرين وحقوقهم حيث لا ضرر ولا ضرار في الإسلام فالإرادة وحـدها تكفــي لإنشاء العقود دون رسميات أو شكليات معينة سواء أكانت وحدها أو مقرونــة بإرادة أخري فإنها تستطيع أن تنشئ التزامات وعقود مسماة أو غير مسمــاة . ويمكن أن نبين المقصود من مبدأ سلطان الإرادة في هذه الأمــــور :

أ - الإرادة وحدها أو مع غيرها قادرة علي إنشاء الالتزامات بمختلف أنواعها

ب - إن الإرادة حرة في تعيين الآثار المترتبة علي الالتزامات الكثيرة التــي لا حصر لها فليست قاصرة علي ما يسمي بالعقود المسماة ،

جـ - لا يجـوز للمشرع أن يحد من سلطان الإرادة إلا بالقدر الذي يضمن سلامة الإرادة من عيوبها ،

د - ولا يجوز للقاضي أن يحدن سلــطان الإرادة بهـدف تحقيـق المصلحـة العامــــة أو العدالــــــــة.

هـ - إن الأصــل هـو حـرية التصرف والإباحة إلا إذا نص علي المنع والحظر.

و- إن هذا المبدأ قــد ازدهـــر في القرنين السابع عشـر والثامـن عشـر حيث أعطى للإرادة الحرية في التعاقد أو الامتناع عنــه وفـي تحــديد شكـل العقد ومضمونه وفي تعديله بعد إبرامــــه وقد ساعـــــد علـي انتشاره عــوامـــل سياســــية واقتصــــاديــــة .

ما هي النتائج أو الآثار المترتبة علي مبدأ سلطان الإرادة ؟؟
يترتب علي انتشار هذا المبدأ عدة نتائج هي: (١)

١- الالتزامات الإرادية هي الأصل وغير الإرادية استثنائية فيجب حصرها في أضيق الحدود فالالتزام الإرادي التزام عادل لان الإنسان اعلم بما ينفعه وما يضره .

٢- العقد شريعة المتعاقدين : فلا يصح تعديله بدعوى الغبن أو عدم تكافؤ الفرصة أو إنهاؤه . و لا يجوز للقاضي أو المشرع أن يقوم بشيء من ذلك .

٣- حرية التعاقد وتحديد أثار العقد : ولا يحد منها إلا النظام العام والآداب فللفرد الحرية الكاملة لإبرام ما يشاء من العقود مسماة وغير مسماة.

٤- الأصل كفاية التراضي دون حاجة إلى شكلية معينة .

٥- العبرة في تفسير العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني٠(٢)

٦- أثار الالتزامات التعاقدية مرجعها ارادة الطرفين لا القاضي عند التفسير قبل الحكم في النزاع القائم بينهما ٠

٧- لا يتعدي اثر العقد إلا للطرفين المتعاقدين - فلا لزوم بلا التزام، وبناء علي هذا لا يصح التوسع في تفسير التعاقد لمصلحة الغير ٠ (٣)

---

(١) د٠ لبيب شنب ص٢٩ ٠ د٠ جمال العاقل ص٤٧
(٢) د٠ احمد فتحي زغلول شرح القانون المدني سنة ١٩٧٣ ص١٣٩ مشار إليه العاقل ص٤٨
(٣) د٠ السنهوري الوسيط جـ١ ص١٥٧

الحد من مبدأ سلطان الإرادة:

لقد انكمش وانتقص هذا المبدأ مع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين . حينمـا ظهـرت الاتجاهات الاشتراكية في مجال العقـد والتشريعات الاجتماعية التي تحد من نطاق مبدأ سلطان الإرادة . فوضعت قيودا علي حـرية التعاقد. وفرضت أشكال معينة لبعض العقود كالرهـن الرسمي وعقـد الهبـة . كما قيدت حرية المتعاقدين بالنسبة لإنهاء العقد. وغيرهـا من القواعد التي تحد من مبدأ سلـطان الإرادة بفضـل تدخـل الدولـة فـي سلـطانه وإخضاعـه لسلطانـها ومن حق القاضي والمشرع أن يتدخل لتعديل العقد وأثـاره .

موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ سلطان الإرادة :

إن الشريعة الإسلامية كان لها قصب السبق عن جميع الشرائـع والقوانين الأخرى في جعل الرضا كافيا لإنشاء العقود وان الإرادة وحدها صالحـة لإبرام العقود والعهود بلا شكليات أو رسميات .... ودليل ذلك قول المولي عز وجل " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل . إلا أن تكـون تجـارة عـن تراض منكـم " (١) .... وقال سبحانـه " فان طبن لكـم عن شئ منـه نفـسا فكلـوه هنيئا مريئـا " (٢) .
وقال الرسول صلي الله عليه وسلم (إنما البيع عن تراض) ولذلك نري الفقـه الإسلامي قد أجـاز للإرادة أن تشترط ما تشاء من الشـروط إلا شرطا احـل حرامـا أو حـرم حـلالا فالشرط يصح ولو لم يقم دليل شرعي علي جوازه شريطة عدم وجود دليل يدل علي عـدم جـوازه .

---

(١) النساء آيه ٢٩ . (٢) النساء

ولكن المذاهب الفقهية اختلفت في هـــذا الشان علي قولـــين : في هـــل الأصل في العقود او الشروط الحظر ام الإباحة؟
فذهب جمهور الفقهاء بان الأصل الإباحة (١) توسعة علي الناس ورحمة بهـــم فكل ما لـــم يحرمـــــه الشــارع فهو مباح وكل ما ليس ممنوعا فهو جـــائز .

ويري الظاهرية : أنا الأصل في العقود والشـروط الحظر فليس للإرادة أن تنشئها إلا ما أبيح بنص أو إجماع .
والراجح ما قال به الجمهور بان الأصل في الشروط الاباحة والجـواز إلا إذا قام دليل يحرم ذلك ٠ فالإرادة لا سلطان عليها إلا الشرع فلها حرية إبرام ما تشـــاء من العقود وتشترط ما تشاء من الشروط شريطة ألا تحل حراما أو تحرم حـلال.
نطاق تطبيق قواعد العقد : إن نطاق تطبيق قواعد العقد هو المعاملات الماليـــة التي تخضع للقانون الخاص ٠ من بيع وهبة ووصية ومقايضة ومقاولة وإيجار

وغـــير ذلك مـــن العلاقـــات التـــي تدخـــل في دائرة المعامـــلات الماليـــة :
ويخـــرج مـــن النـــطاق :

١- العـلاقات الأسريـــة التي تخضع لقانون الأحـــوال الشخصيـــة كالـــزواج والطـــلاق وما يتـــرتب عليهمـــــا ٠

٢- العـلاقـــات التعاقـديـــة التي تدخـــل في نطاق القانون العام كالمعاهدات والاتفاقات الدولية التي تحكمها قواعـــد القانـــون الدولي العـــام .

٣- العقـود الإداريـــة مـــثل عقـــد التوريد . والقرض العام والأشغال العامة وغيرهـــا من العقود التي تبرمها إحدى جـــهات الإدارة العامـــة بغيـــة تنظيم مرفـــق عـــام وتتضمن شـــروطا استثنائية غير مألوفـــة فـــي القانـــون الخـــاص٠ (٢)

---

(١) فتح القدير جـ٥ ص١٥ ، فتاوى ابن تيمية جـ ٢ ص٣٢٣
(٢) د ٠ السنهوري جـ١ ص١٥١ — د ٠ انور سلطان ص١٢
د٠ محمد لبيب شنب ص٢٥ — د ٠ جمال العاقل ص ٥٠
يري بان هذه العقود وغيرها من العلاقات الدولية تدخل في النطاق ٠

تـقسيـمات العـقـود

يمكن تقسيم العقود أقساما مختلفة إذا نظرنا إليها من عدة نواحي من حيث التكوين ومن حيث الموضوع ومن ناحية الطبيعة و الآثار ومن حيث التنفيذ وسنبين بإيجاز هذه الأقسام فيما يلي :

أولا :- من حيث التكوين :

أ- عقود رضائية: وهي ما يكفي لانعقادها توافق الارادتين مثل عقد البيع وعقد الإيجار وغيرها من العقود التبادلية سواء أكان كتابة أو مشافهة أو إشارة .

ب- العقود الشكلية : ما لا يكفي لانعقادها الإيجاب والقبول بل يجب أن يفرغ الرضا في شكل معين وإلا كان العقد باطلا . فالشكلية ركن في انعقاد العقد لايتم ولا وجود له بدونها مثل الهبة والرهن الرسمي فلابد من تحرير ورقة رسمية بهما تدون فيها إرادة الطرفين والمشرع يقصد منها : حماية الغير وتنظيم الائتمان أو الأهمية العقد المبرم وخطورته .

جـ - العقود العينية : وهي التي لا تنعقد إلا بالتسليم أي تسليم العين موضوع العقد من أحد الطرفين إلى الأخر مثل عقد العارية والوديعة والرهن الحيازي والقرض وهذا النوع كان موجودا في ظل القانون الفرنسي والمصري القديم . إلى أن صدر القانون الجديد وجعلها من العقود الرضائية ولم يبق فيها إلا عقد هبة المنقول الذي يدور بين الشكلية والعينية ، والذي لا يتم إلا بالتسليم وفقا للمادة ٤٨٨ مدني مصري .

ثانيا : **من حيث الموضـــوع:**

تنقسم إلى عقــود مسماة وغــير مسماة .

أ- العقد المسمي : هــو عقد خصـه القانون باســم معين ،وتولى تنظيم أحكامه كالبيع والإيجار والوديعة والمقايضة والهبة .... الـــخ .

ب- العقد غير المسمي : هــو عقد لم يخصه المشرع باســم معين ولم يضع له نصوصا منظمة ، كعقد النشــر الذي يتم بين المؤلف والناشـر، والعقـد بين مدير المسرح والممثلين ، وعقــد النزول في فندق وغيرها من العقـود التي تظهر يوم بعد يــوم حتى تصل إلى درجـــة الأهمية فيقــوم المشــرع بتنظيمها وجعلها في عداد العقود المسماة .
كما فعل في عقدي التامين علــي الحـــياة والتزام المرافــق العامـــة .

أهمية هذا التقسيم :

تبدو أهميته في حالة تفسير العقد فإذا كان الأمر متعلقا بعقد البيع أو الإيجار فان أحكامها هي التي تسري عليهما في حالة نزاع المتعاقـدين وإلا فيجب تطبيق القواعد العامة أما إذا كان الأمر متعلقا بعقد غير مسمـــي فإن العلاقات القائمـــة بين الأطـراف فـي هـــذه الحالـــة تظـــل محكومـــة بالقواعـــد العامـــة للعقـــود.

ثالثا : **من حيث الطبيعة والآثار :**

تنقسم العقــود إلى عقــود ملزمـــة للجانـــبين وملزمـــة لجانـب واحـــد وعقــود معــاوضة وتبـــرع ، وعقــــود محـــددة واحتمـــــالية .

أ- العقد الملزم للجانبين (التبادلي) وهو الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمـة كل من المتعاقدين مثل عقـد البيع فإنــه يولــد التزامات متقابلة فالبائــع يلتزم بنقل ملكية المبيع والمشتري يلتزم بدفع الثمن ومنها عقـد الإيجـار

والعمل والشركة ... الخ فهذا النوع من العقود يولد التزامات متقابلة فـــي ذمـــة الطرفين مـن لحظـة تكوينـــــــه .

ب - العقد الملـزم لجانب واحـد - هـو الذي ينشئ التزامات في ذمـــة أحد المتعاقدين دون الأخـــر مثل عقـــد الهبـــة غير المشروطة حيث يلتزم الواهب بتسليم الموهوب له الشئ الموهوب دون التزام الموهـوب لـــه بشئ للواهـــــب .

أهمية هذا التقسيم :

يترتب علي التقسيم السابق عدة نتائج أهمها هي :

١- من حيث الفسخ : لا يكون إلا في العقـــود الملزمـــة للجانبين دون ســـواهـا حيث يري بعض الفقهاء بان هذه العقود تتضمن شرطا فاسخا ضمنيا هو تخلف أحد المتعاقدين عـن تنفيذ التزاماته ومـــن ثم يكـــون للمتعاقـــد الأخـــر الحـــق في طلب الفسخ . (١)

٢- تبعة الهلاك : إن تبعة الهـــلاك تقع علـــي المدين فيمـــا لو كان العقد ملزما للجانبين وتقـــع علي الدائن إذا كان العقد ملزما لجانب واحـــــد

٣- من حيث السبب : لابد من وجـــود سببين فـــي العقد الملزم للجانبين فالبائع يلتزم بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمـــان الحـــيازة الهادئـــة النافعة للمشتري . بسبب رغبته في الحصول علي ملكيـــة المبيـــع وتسلمـــه والانتفاع به إذن التزام أحـــد المتعاقدين في العقـــد الملـــزم للجانبين يكون سببا لالتزام الطرف الأخر خـــلافا للعقـــود الملزمـــة لجانب واحد حيث لا يكون فيها التزام مقابل .

---

(١) د . السنهوري ص١٧١ ، سليمان مرقس ص٤٣ .

٣- الدفع بعدم التنفيذ : أمر جائز ومتصور في العقود الملزمة للجانبين فإذا امتنع أحدهما على تنفيذ التزاماته يجوز للطرف الأخر أن يدفع بعدم تنفيذ الالتزامات المتقابلة . كعقد البيع إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع فمن حق المشتري أن يمتنع عن دفع الثمن . ولكن الدفع غير متصور في العقد الملزم لجانب واحد ، لأنه يفترض فيه أن يكون الشخص الواحد دائنا ومدينا ،

عقود المعارضة وعقود التبرع :

عقد المعارضة : هو عقد يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما يعطيه ، مثل عقد البيع فالبائع يأخذ الثمن مقابل نقل ملكية المبيع والمشتري يأخذ الشئ المبيع مقابل دفع الثمن ، وعقد الإيجار كذلك والمقايضة والعمل ... الخ

عقد التبرع : هو عقد لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما يعطيه كالهبة فالواهب متبرع لا يأخذ شيئا من الموهوب له مقابلا لما أعطاه وكذلك الوصية .

أهمية هذا التقسيم : تتضح هذه الأهمية فى الأمور الآتية :

١- من حيث الغلط في شخص العاقد: فإنه يبطل العقد في التبرعات بوجه عام . أما في المعاوضات فإنه لا يبطل العقد إلا إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار خاص عند التعاقد .

٢- من حيث الطعن في تصرفات المدين : (الدعوى البولصية) فانه تكون مقبولة في عقود التبرعات دون حاجه إلى إثبات سوء نية المتبرع إليه بعكس المعاوضات فلا تقبل إلا إذا اثبت الدائن سوء نية المدين المتصرف وعلم المتصرف إليه بذلك وفقا للمادة ٢٣٨ مدني .

٣- من ناحية الاهلية: فان المشرع قد اشترط درجة من الأهليـة اشـد فـي عقـود التبرعات من عقـود المعاوضات لخطورتـها و أنها ضـاره بالمتبرع ضـررا محضا - بعكس الثاليـة تكون دائرة بين النفع والضرر.

٤- من حيث مسئولية المتعاقد : في عقـود التبرع نجد المسئولية أخـف من المسئولية في عقود المعاوضة. فإذا كانت الوديعة بأجـر (معاوضـة يلتـزم المـودع لديه بان يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجـل المعتاد أما إذا كانت بلا اجـر (تبـرع) فإنـه يلتزم ببذل العناية التي يبذلها في المحافظـة علي مالـه هو فقط ولا يبذل غير ذلك ،

٥- الالتزام بالضمان : قصره المشرع علي عقود المعاوضـات ولم يقل بـه في التبرعـات إلا في الحدود الضيقـة . فالواهـب لا يضمن التعـرض والاستحقاق إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبـة بعوض .

عقود محددة القيمة وعقود احتمالية :

أ- عقود محددة القيمة : هي التى يستطيـع فيـها كل من المتعاقدين تحديد مقدار التزاماته بحيث يصبح كل منهما عالما بمـا سيحصل عليـه مـن منفعة أو ما سيلحقه من خسارة وقت إبرام العقد كبيـع شئ معين بثمـن حسي ولو كان ضئيلا ، ويكون في العقود التبادليـة والملزمـة لجانب واحـد كالهبة بدون عوض والقرض ،

ب- عقود احتمالية : هـي التي لا يتحدد فيها التزام أحد الطرفـين أو كليـهما وقت التعاقد . مثل عقد التامين علي الحياة فان المؤمـن يلتزم بدفـع الاقساط حتي الوفـاة - وهي لا تعرف - وبالتالي لا يعرف عدد الاقسـاط الواجـب دفعها من المؤمن . وشركة التامين تلتزم بدفع قيمـة التامـين عند الوفاة فربما تكـون الوفاة قريبة فتكون خسارة الشركة كبيرة .

واهمية التفرقة تتضح في الغبن ، فلا محل لبحث الغبن في العقود الاحتمالية لان الغبن مفروض دائما فلا سبيل الي تداخل نظرية الغبن فيها .

رابعا : من حيث التنفيذ :- عقـــود فورية وعقود زمنية

العقد الفوري : هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه أي تنفيذه فورا في الوقت الذي يختاره المتعاقدان مثل عقد البيع حيث انه يتم تسليم الشئ المبيع في زمن معين سواء اكان التسليم معجلا أم مؤجلا . فقد يكون المبيع مؤجل التسليم أو بثمـــن مؤجل أو مقسط ورغم ذلك يبقي العقد فوريا لان الزمن هنـا وان وجد فهو عنصر عرضي لا يتحدد به مقـدار المبيع ولا مقــــدار الثمـــــن .

فالعقد الفوري يتحدد محله مستقلا عن الزمن . وان الزمن ان دخل فيه فانما يدخل عنصرا عرضيا لا عنصرا جوهريا لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد المحــل المعقود عليه(١) .

العقد الزمني : " عقد المدة " وهو ما يكون الزمن عنصرا جوهريا فيــه بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العاقد والعقــد الزمني يتنوع إلى عقد ذي تنفيذ مستمـــر . مثال عقــــد الإيجار وعقد العمل وعقد الشركة . فالمعقود عليه في هذه العقود يقاس بالزمن طبيعة دون اتفاق بين الأطـــــراف

والي عقد ذي تنفيذ دوري . مثل عقدي التوريد والإيراد مدي الحياة والمعقـود عليه فيهما يقاس بالزمن بناء علـــي اتفاق بين أطراف العقد ، حيث يلتـــزم أحدهما أن يورد للأخر شيـــنا معينا يتكـــرر مـــدة مـــن الزمن .

(١) د . السنهوري ص٤٥ . ونفس المعني د . سليمان مرقس ص٥٠

أهمية هذا التقسيم:

إن المعقود عليه في العقد الزمني هو الزمن ، والزمن إذا مضي لا يعود فإذا نفذ العقد الزمني مدة من الزمن . ولسبب ما أراد أحد المتعاقدين الرجوع في العقد . فلا يجوز له ذلك لان ما نفذ من العقد لا يجوز له الرجوع. بخلاف العقد الفوري . فانه يجوز الرجوع فيما تم تنفيذه ويترتب علي الفرق الجوهري بين هذه العقود عدة نتائج أهمها :

١- *الفسخ* : في العقد الزمني لا اثر له علي الماضي لان ما نفذ منه لا يمكن إعادته ، أما الفسخ في العقد الفوري فله اثر علي الماضي ويترتب عليه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد أي إعادة المبيع إلى البائع والثمن إلى المشتري . وكأنه لم يكن .

٢- الاعذار : في العقود الزمنية لا ضرورة له لان المفروض فيها أن كل تأخير ضار لأنه يفوت وقتا لا يمكن أن يعود . فالمدين يكون معذرا بطبيعة العقد ،بخلاف العقود الفورية فالأصل فيها وجوب الأعذار إلا ما استثني (١) لاستحقاق التعويض لنتيجة الضرر .

٣- إن *العقود الزمنية* هي الميدان الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة أما العقود الفورية فلا تنطبق عليها هذه النظرية إلا إذا تراخي وقت تنفيذها فكان التنفيذ مؤجلا أو مقسطا . (٢)

---

(١) د. سليمان مرقس ص ٥٢

(٢) د . السنهوري ص٥٧

٤- وقف تنفيذ العقد بقوه قاهرة ٠ (١) فإن هـذا الإيقاف لا يؤثر في قـدر التزامات كل من المتعاقدين إذا كنا بصدد عقد فوري لان القاعدة - أن الوقـف يؤجل التنفيذ فقط دون تخفيض كمية الالتزامات المتولدة عـن التعاقد .

أما في العقد الزمني : فانه يترتب علي إيقافه إنقاص كميـة الالتزامات حيث تزول أثار العقد أثناء مدة الإيقاف فإذا أوقف عقـد الإيجار فانـه يترتب علي ذلك إنقاص قدر المنافع محل التعاقد بسبب عدم انتفاع المستأجر بالعـين المؤجرة خـلال المـدة التي لم ينفذ فيـها العقـد وأيضـا يكون الأمر بالنسبة للاجـــرة ٠

خامسا- **العقد البسيط والعقد المختلط : (٢)**

أ- العقد البسيط : هـو ما اقتصر علـي عقد واحـد ولم يكن مزيجا من عدة عقود مختلفة - مثل عقد البيع والهبة و المقايضة و غيرهـا من العقود المسـماة ومثل عقد الناشـر للكتب والمؤلفات العلميـة وغـيره من العقـود غـير المسماة .

ب- العقد المختلط : هـو ما كان مزيجا مـن عقـود متعددة اختلطـت جميعـها فأصبحـت كالعقد الواحـد . مثل العقد الذي بين صاحب الفندق والنزيل فهو مزيج من عقـد إيجار بالنسبة للسكـن وعقـد بيع بالنسبـة للمأكـل والمشـرب وعقـد عمـل بالنسبـة للخدمـة ،وعقـد وديعـة بالنسبـة للأمتعـة.

وفي حالـة النزاع بالنسبة لهذه العقود المكونـة لعقد واحـد تسري عليه أحكام العقود المختلفة التي يشتمل عليـها . وفـي حالة التعارض بين الأحكام وجب تغليب أحـد هـذه العقود باعتبـاره العنصر الأساسي . كما في عقد التليـفون وهـو عقد يدور بين عقـد العمل والإيجار فغلب القضاء المصري عقد العمل ومثل البيـع المسـتور بالإيجار وهو يدور بين البيع والإيجار فحسم القانون المدني النزاع في شأنـه وجعلـه بيـعا (٣) .

---

(١) د. جمال العاقل ص٤١ — (٢) د ٠ السنهوري الوجيز ص ٤٣
(٣) المادة ٤٣٠ مدني . وهنالك عقود كثيرة - مدنية وتجارية وفردية وجماعية ولازمة و غير لازمة و عقود مساوية و ادعان

الفصـل الثانـى
في
تكوين العقد (أركانه وشروط صحته)

تمهيد :

إن العقد لا وجود له إلا بتوافر أركانه المختلفة وهذه الأركان ثلاثة :

١- الرضـا وهـو توافـق إرادتيـن علي إحـداث اثر قانـونـي
٢- المحل وهو موضوع الالتزام الناشئ عن العقد وهواما أن يكون إعطاء شـئ أو عمـل أو امتنـاع عن عمـل .

ويري البعض بان المحل ركن في الالتزام لا في العقد . ولكـن أهميتـه لا تظهر إلا في الالتزام الناشئ عن العقد (١)

٣- السبب الذي يحتمل عدة معاني ويختلف باختـلاف العقود . فقـد يكـون السبب إنشائيا أو مصدر منشئ للالتزام ، وقـد يكون باعثا ودافعا للتعاقد وقد يكـون هـو قصد المتعاقدين دون النظر إلى الدوافـع .

ويري البعض بان هناك ركنا رابعا لابد من توافره في بعـض العقـود وهو الشكلية في عقد الرهن الرسمي وفي عقد الهبة لخطورة هذه العقود خلافا لبقية الفقهاء الذين يرون بان الشكلية ما هي الا القالب الذي يفرغ فيـه الرضـا وبذلك يلحقون الشكلية بركن الرضا ويجعلونه شرطا للرضا .(٢)

وهذا الرأي هو الأفضل (٣) وخصوصا أن الشكلية قـد انحصرت فـي عصرنا الحاضر أصبحت الرضائية هي الأصل والشكلية هـي الاستـثناء:

---

(١) د. السنهوري ص٤٨ في الوجيز
(٢) د. مختار القاضي ص٢٨
(٣) د. جمال العاقل ص٥١

وبناء علي ذلك يكون للعقد ثلاثة أركان فقط المحـل والرضا والسبب وفضـلا عـن ذلك فانه يلزم لكي يكون العقد صحيحا توافـر شرطـين :

١- أن يكـون كل مـن طرفيـه متمتعا بالأهليـة اللازمـة لعقـده .

٢- أن تكـون إرادة كل منهمـا سليمـة وخالية من العيوب المفسدة لها .
والكلام عن أركان العقد وشروطه وصحته يلزم منا أن نقسم هـذا الفصل إلى مبحثـين :

المبحـث الأول : في أركان العقـد
المطلـب الأول : رضـا العاقـدين

تعريف الرضا وشروطه :

الرضـا : هو توافق ارادتين أو اكثر علي إحداث اثر قانوني معين أو هو تطابق الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين مـع القبـول الصادر من المتعاقد الأخر (١) ويعبر الشخص عادة عن رضاه بالتعاقد بقولـه (بعت لك هذا العقار بعشرة آلاف جنيـه مصري (فيطلق عليـه إيجابـا - ثـم يرد الأخر بقوله (قبلت شراءه بهذا المبلغ) فيطلق عليه قبولا . وعلي هـذا يتم التراضـي علي العقـد .

فالإيجـاب والقبول هما مظهر التعبير عن الإرادة وعـن رضـا المتعاقدين بالعقد ، ومنهما تتكون صيغة التراضي في التشريعات العربية (٢) وفي الشريعة الإسلاميـة .

---

(١) تنص المـادة ٨٩ مدني علي أن (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفـان التعبير عـن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينه لانعقـاد العقد ،

(٢) د ، عبد الناصر العطار ص٣٤ (٣) د ، مختار القاضي ص٢٧

فرضا العاقدين يعتبر أهم ركن من أركان العقد . ويشترط في الرضا المطلوب لانعقاد العقد عدة شروط هي :

أ - أن يكون الرضا جديا أي غير صادر علي سبيل المزاح .

ب - أن يكون الرضا حقيقيا لا صوريا.

ولكن ما هو الفرق بين المزاح والصورية ؟؟

الفرق بينهما يتضح في ان المزاح (لا يقصد به في الواقع إحداث أي اثر قانوني أما الصورية فقد يقصد المتعاقدان منهما إحداث اثر قانوني سواء اقره القانون ام لا . والصورية قد تكون مطلقة والقانون لا يقرها مثل ما لوباع الزوج لزوجته عقارا مملوكا له بقصد التهرب من تنفيذ الدائنين عليه .

وقد تكون صورية نسبيه مثل عقد الهبة فى صورة عقد بيع تهربا من التوثيق فى الشهر العقارى . فهنا يوجد تعاقد حقيقى وان كان مخالفا لما هو مكتوب . بخلاف الحالة الأولى لا يقرها القانون ولا يرتب عليها أثرا

جـ - يجب أن يكون الرضا مفرغا فى الشكل القانونى لبعض العقود مثل عقد الهبة وعقد الرهن الرسمى . وغيرها من العقود الذى اشترط المشرع لانعقادها رسما أو شكلا معينا .

د - ويشترط فى الرضا أن يكون صحيحا أى صادرا عن إرادة سليمة وخالية من العيوب الطبيعية (القصر) والمرضية (الجنون والعته والغفلة والسفه) و النفسية(الإكراه والغلط والتدليس والاستغلال) وموضوع كل هذا المبحث الثانى لدى الكلام فى شروط صحة العقد .

كيفية التعبير عن الرضا : (١)

التعبير عن الرضا أما أن يكون صريحا وإما أن يكون ضمنيا :
فالتعبير الصريح : هو ما يكون بصريح اللفظ شفاهه أو كتابة أو بالإشارة التى تدل دلاله مباشرة على المعنى المراد .
كالإشارة باليد أو بالرأس . غير أن القانون فى بعض العقود اشترط أن يكون الرضا صريحا ومفرغا فى شكل رسمى كما فى هبة العقار وإلا كانت باطلة (م ٤٨٨ مدنى) .

ويكون التعبير صريحا باتخاذ أى موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود . كعرض التاجر لبضائعه بسعر معين للجمهور ووقوف سيارات الأجرة (٢) فى الموقف المخصص لها ووضع آلات ميكانيكية لتأدية بعض الخدمات كالوزن أو تقديم المشروبات أو الأطعمة فى الطريق مع بيان كيفية الحصول على خدماتها وثمنها . (٣)

---

(١) ينص القانون المدنى فى المادة - ٩٠ على أن يكون ((١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود . ٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا . إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا)) .
(٢) د. السنهورى فى الوجيز ص ١٥ .
(٣) د. لبيب شنب دروس فى نظرية الالتزام ص ٨٦ .

ويطلق على هذه المواقف التعبير بالفعل وقد أجاز ذلك جمهورا لفقـــه الإسلامي كما فى بيع التعاطي أو المعاطاه (١) مثل ما لو أخذ شخص رغيفـا وأعطى صاحبه الثمن دون أن يتكلم أحدهما أو أن يصدر منه كتابا أو إشـارة .

والتعبير الضمنى : هـو أن يقـوم أحد المتعاقدين باتخاذ موقف يدل بوضوح على وجـود الإرادة المطلوبـة لإبرام العقد مثل بقاء المستأجـر فى العين المؤجرة بعد انتهاء المدة المحددة فبقاء المستأجر دليل عن رغبته فى تجـديد العقد . وأيضا ما لو تصرف شخص فى سلعة معروضة عليه لشرائـــها . فتصرفه هذا دليل على قبوله للشراء .

الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة :

لا صعوبة إذا اتفقت الإرادة الحقيقية (الباطنة) مع الإرادة الظاهرة لأنه يستوي الأخـذ بأحدهمـا طالمـا أنهمـا متطابقتـين .
ولكـن الصعوبـة تظهر فى مخالفة التعبير الظاهر للتعبير الباطني لأي سبب من الأسباب ، وحينئذ يثور التساؤل هل يؤخذ بالإرادة الظاهـرة أم بالإرادة الباطنـة ؟؟ .
مثل ما لو قـام تاجر بعرض بضاعته وكتب عليها خطأ ثمنا أقل من الثمن الذى يريده حقيقة أن يبيعها به ثم تقدم له مشترى بالثمن المكتوب فهل نأخذ بتعبير البائع الظاهـري فينعقد العقد أم بإرادته الباطنـة فلا ينعقد العقـد ؟؟

(١) ما عدا الإمام الشافعي(ض) لم يجزه لعدم وضوح دلالة الأفعال على الرضا المهذب ج١ص٢٥٧ ، ابن عابدين ج٤ص١٦ ، البدائع ج٥ ص١٣٤ ، السوقي ج٣ص٣ ، المغنى ج٤ص٤ .

وللإجابة عن ذلك نستطيع أن نقول بأن الإجابة تختلف باختلاف النظرية التى تسود فى تشريع معين . لأنـــه يوجـــد نظريتان فـــى هـــذا الأمـــر :

الأولـــى : نظرية الإرادة الباطنـــة (النظريـــة اللاتينيـــة)
الثانيـــة : نظرية الإرادة الظاهـــرة (النظريـــة الألمانيـــة)

١- نظرية الإرادة الباطنة :

تعتمد هذه النظرية على الإرادة الحقيقة للمتعاقد. ولا عبرة بالمظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة فحينما يكـــون هناك نزاع حول تفسير العقد على أساس اختلاف الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنـــة فإنـــه يجب البحث عـــن الإرادة الحقيقية للمتعاقد وهى الباطنة . وكانت هـــذه النظرية هى السائدة فـــى القوانين اللاتينيـــــــــة .

وأهم ما يترتب عليها (إذا انعدمت إرادة أحد المتعاقدين بعد صدور التعبير عن الإرادة وقبل انعقاد العقد فإن التعاقد لا يتم كما لو توفـــى الموجـــب بعد صـــدور التعبير عنه وقبل إتمام التعاقد. كما أنه ينجم عن الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة الاعتداد بالباعث على التعاقد لاتصالـــه الوثيق بالإرادة الباطنـــة) (١) فهـــذه النظرية قائمـــة على مبـــدأ سلطـــان الإرادة أي تستند الـــى إرادة الشخـــص نفســــــه .

٢-نظرية الإرادة الظاهرة :

هـــذه النظرية هى السائدة فى القوانين الجرمانية وتأخذ بالإرادة الظاهرة ، أي تقوم أساسا على المظهر الخارجى للإعلان عن الإرادة فلا يعـــتد بالإرادة الحقيقة للمتعاقدين عند تفسير التعاقد لأنه لا يمكن التعرف عليها بدقه . كمـــا أن الأخذ بها فيه تضحية بطرف لم يقع منه أدنـــى تقصير . فالأخـــذ بنـــظريـــة الإرادة الظاهرة يؤدى إلى ضمان الاستقرار فى المعاملات بين الناس وحمايـــة الائتمـــــــان .

---

(١) د. جمال العاقل ص٤٥

وأهم ما يترتب عليها : أنه عند تفسير التعاقد يؤخذ بالإرادة الظاهـــرة دون الباطنـــة لدى المتعاقدين وفى حالة فقد إرادة أحدهما بعد صـــدور التعبير عـن إرادته فإن فقدها لا يمنع من انعقاد العقد . وفضـــلا عن ذلك فإنها لا تعتد بالباعث على التعاقد . فهى قائمـــة على اعتبارات اجتماعيـــة واقتصاديـــة.

موقف القانون المدنى المصرى : من الإراديتين الظاهرة والباطنة :

إن القانون المدنى الجديد كغيره من التشريعات الأخـــرى المختلفـــة (١) قد أخذ يجمع بين النظريتين بالقدر الذى يحقق العدالة وتحقيق الثقة والائتمان بين الأطـــراف واستقـــرار التعامل بين الناس ومـن أجـل هذا رغـم تأثره فى أحكامه بنظرية الإرادة الباطنة فإنه يعمل أيضا بنظرية الإرادة الظاهرة بالنسبة لتفسير العقود . أما فى حالة فقد الإرادة بعد صدور التعبير فإن القانـون يمنـع التعاقد فى بعض الحـــالات وهـــذا دليل علـــى تأثره بالإرادة الباطنـــة والفقـــه الإسلامي يغلب الأخذ بالإرادة الحقيقية ولا يفترضها عند تعذر الوصول إليهـــا لأن الأصل فيه أن العبارة كاشفة عن الإرادة الحقيقيـــة إلا إذا قام دليـــل قاطـــع يخـالـــف ذلك .

ولذلك يرى جمهـــور الفقهـــاء عـــدم الاعتداد بعبـــارة الهازل والمكره والعبارة الصوريـــة . لأنه وإن كان صاحبـــها قد قصد معانيها لكنه لم يقصد أثرها وهى بالتالي لا تدل على رضـــاه واستثناء من ذلك فإنـــه يعتد بعبـــارة الهازل فى الزواج والطلاق والرجعـــة والعتق واليمين . انظـــر فتـــح القدير جـ٥ صـ٧٦ ، المغنى لابن قدامه جـ٤ صـ٢١٤ .

---

(١) غير أن القانونين الألماني والسويسري يغلب الأخذ بالإرادة الظاهرة مثل القانـــون الفرنسى والإيطالي والمصرى والسورى والعراقى والتونسى والليبي فقـد غلبت كـل هـــذه القوانين الإرادة الباطنـــة .

عناصر الرضا :

يتكون الرضا من عنصرين : **الإيجاب والقبول**

أولا - تعريف الإيجاب وبيان خصائصه أو شروطه :

الإيجاب :-

هو ما صدر أولا من أحد المتعاقدين . وقيل بأنه عرض حازم وكامل للتعاقد وفقا لشروط معينة يوجهه شخص إلى شخص معين أو إلى أشخاص غير معينين (١).

ومن هذا التعريف يمكن أن نستنتج شروطه أو خصائصه : وهي :

أ- أن يكون الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين كاملا ومشتملا على جميع العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام العقد باستثناء القبول . بحيث إذا اقترن بالقبول أنعقد العقد لتمام أركانه . ومع ذلك يجوز أن يقتصر الإيجاب على بيان الشروط الجوهرية للتعاقد وعلى المحكمة أن تفصل فى بقيتها وفقا لأحكام القانون والعرف والعدالة(٢) . ففى عقد البيع يجوز أن يقتصر الإيجاب على بيان ومصاريف التعاقد فإن القاضى هو الذى يحكم فيها عند التنازع (٣) وفقا للقانون والعدالة والعرف .

ب- أن يكون الإيجاب حازما: أي صادرا عن نية باتة وقاطعة فى التعاقد فإذا كان الموجب لم يعقد عزمه نهائيا على التعاقد فإننا لا نكون بصدد إيجاب بل بصدد مجرد دعوه الى المفاوضة بشأن التعاقد . فالإيجاب يمر بثلاثة مراحل هي العرض والمفاوضة والإيجاب البات .

---

(١) د. لبيب شنب صـ١٠٤ سنة ١٩٧٧

(٢) م ٩٥ مدنى .

(٣) د. جمال العاقل ص٥٦ .

وهى قد يطول بعضها أو يتعاقب كلـــــها أو بعضها نظرا لظـــروف وملابسات التعاقد ومرحلة المفاوضات لا تعد إيجابا مثـــل قيـــام شخص بعمل إعـــــلان بعرض سيارته للبيع ، أو قام شخص بعرض خدماتــــــه أو القيام بعمـــــل مـــا دون أن يتضمـــــن العـــرض الشـــروط اللازمـــة لذلك . فـــــإن العـــرض والإعـــــلان لا يعـــد مـــن قبيل الإيجـــاب البات بل مـــن قبيل المفاوضات .
والأصـــل فيـــها . ألا يترتب عليها أى أثر قانونى من حيث قطعها أو العدول عنها فيجـــوز لكل شخص متعاقد أن يقطعها فى أى وقت يريد ولا مسئولية على من يعدل عنها . إلا إذا ترتب على العدول ضرر فإنه يلتزم بالتعويض بنـــاء علـــى المسئولية التقصـــيريه لا المسئولية العقد بــــــــــه .

أنواع الإيجاب :

١ - الإيجاب المعلق : هـــو الذى لا ينفذ إلا إذا تحقق الشـرط المعلق عليه مثل ما لو عرض شخص بيـــع شئ معـــين ومحدد الثمن بشرط تعديلـــــه حسب تغير الأسعار. فالإيجاب هنا معلق على شرط عـــدم تغير الأســعار.

٢- الإيجـــــاب البات : وهـــو ما يخرج من نطاق التفاوض والتعليق ويكون مقرونا بميعاد صـــريح أو ضمني . مثل بعت هـــذه الســيارة اليوم بمبلغ وقدره ٣٠٠٠ جنيه مصـــري . على أن نقـــوم بتسليمها فورا .

مدى حق الموجب فى العدول عن أيجابه :

والإجابة عن ذلك تقتضى أن نفرق بين حالتين : (١)
أ - قبل علم المتعاقد الآخر بالإيجاب الصادر من الموجب. ففى هــــذه الحالـــة مـــن حـــق الموجب أن يعـــدل عـــن ايجـــابه قبل أن يصـــل ايجابــــه

---

(١) د/ مختار القاضى صـ٦٢ وبعدها د / العاقل صـ٥٧ .

للقابل سـواء أكان الموجـب قد حدد ميعادا للقبول ام لا . فإذا إرسـل شخص خطابا إلى أخر وقبل أن يصل الخطاب استرده من مصلحة البريد . كان فى حل من ايجابه لأن التعبير لا ينتج أثره إلا فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه. ويعتبر قرينة على العلم بالإيجاب وصول الخطاب للمتعاقد الآخر ما لـم يثبت بالدليل عكس ذلك (١) مثل ما لو وصل الخطاب ولم يفتحه يوم وصولـه.

ب - **بعد علم المتعاقد الآخر بالإيجاب :**

فى هذه الحالة نفرق بين أمرين :

الأمـــر الأول : إذا عين الموجب ميعادا للقبول (٢)

فى هذه الحالة يجب عليه أن يلتزم بالبقاء على إيجابه إلى أن ينتهـى الميعاد المحدد . كما يجب أن يصل القبول إلى علم الموجب قبل فوات الميـعاد المقـــرر .

وقـد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو طبيعـــة التعامـــل (٣) مثل ما لو عرض شخص بيع شئ تحت التجربة فإن هذا الإيجاب يفـــيد أن الموجب قصد الارتباط بإيجابه طوال مدة التجربة وحتى ينتج الإيجـــاب أثره يجب أن يعلم الموجب بقبول الطرف الأخر فإذا مات الموجـــب قبل علمـــه بالقبول لم ينعقد العقد بخلاف ما لو مات القابل فإن موته لا يمنـع انعقاد العقد طالما قد علم الموجب بالقبول لأن القبول رغم موت القابل قد صادق محله من الموجـــب حـــين وجـــه إليـــــه .

الأمـــر الثانى : إذا لم يعين الموجب ميعادا للقبول : وفى هذه الحالة أيضا نفرق بين فرضين :

الفرض الأول : المتعاقدان فى مجلس واحد أو بالتليفون :

---

(١) المادة ٩١ قانون مدنى (٢) المادة ١/٩٣ مدنى

(٣) المادة ٢/٩٣ مدنى

فـإذا كان الطرفان فى مجلس واحد ولم يقم الموجب بتحديد ميعاد للقبول ولـم يستخلص من ظروف الحال وطبيعة التعامل فإنه والحالة هذه يجوز للموجـب الرجـوع عن إيجابـه ما لـم يقترن الإيجاب بالقـبول فـورا .

واستثناء من ذلك ما لو صـدر القبول قبل انتهاء المجلس ولم يوجد ما يدل على عدول الموجب . فإن الإيجاب ينتج أثره شريطة أن يبقى كـل مـن الطرفين مشتغلا بالتعاقد دون انصرافـه إلى شئ أخـر .

الفرض الثانى : المتعاقدين فى مجلسين مختلفين (التعاقد بالمراسلة)

فإذا كان الطرفـان فى مجلسين مختلفين وكان التعاقد عن طـريق المراسلـة ولم يبين الموجب ميعادا للقبول ولم يستنتج من ظروف الحال فإنه يكون للموجـب الحق فى الرجـوع عن إيجابه . وحقه ممتد إلى أن يصل الى علمه القبول من الطرف الأخر . لأن القبول من الطرف الأخر لا يحدث أثره إلا بعد علم الموجب به .

الأسباب المسقطة للايجاب : (١)

أن الإيجاب بلا شك يظل قائما إلى أن يلتقى بقبول فينعقـد العقـد . أو لا يصادف قبولا فيسقط .

---

(١) د. جمال العاقل صـ٦٠ د. سليمان مرقس صـ٧٤ .

ومسقطات الإيجاب يمكن إجمالها فى هذه الأسباب :

أ - رفض المتعاقد الآخــر للإيجاب يؤدى إلى سقوطه حتى لو لــم ينته الميعـاد المحدد للقبول .
ب - ويسقط الإيجاب أيضـا إذا تخلـف الشـرط الذي علق عليـه .
جـ - رجوع الموجـب عـن أيجابـه إذا كـان غـير ملـزم .
د - انتهاء الأجل الذى حـدده الموجب لصدور القبـول فيـه (١)
هـ - يسقط الإيجاب كذلك إذا أنفض مجلس العقد قبل صدور قبول المتعاقـد الأخـر . وينفض المجلس بترك أحد المتعاقدين مكان الاجتماع أو يتـرك سماعـة التليفون أو بانشغالـه عن موضوع التعاقد بشئ آخر حتى ولو ظـل فى مكـان التعاقـد .

ويترتب على سقوط الإيجاب لسبب ما أن القبول الصادر بعد إسقاطـه يعـد إيجـابا جـديدا ويحـتاج إلى قبـول مـن المتعاقد الأخـر .

ثانيا - القبول :

هـو التعبير البات الذي يصـدر من الطـرف الذي وجـه إليـه الإيجاب متضمنا الموافقة على المعروض عليه ويكون القبول صحيحا ومنتـجا لأثـاره إذا توافــرت هذه الشـروط :

١- يجب أن يكون القبول صادرا من شخص ذي أهلية سليمة وخاليـة مـن العيوب الفسيولوجيـة والمرضيـة والنفسانيـة .

---

(١) قضت محكمة النقض بأنه (إذا لم يعين ميعادا للقبول فإن الإيجاب لا يسقط إلا إذا عـدل عنه الموجب .

٢- يجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب . ومطابقة القبول للإيجاب معناها صدور القبول بالموافقة على كل المسائل التى تضمنتها الإيجاب ، سواء أكانت هذه المسائل رئيسية أو ثانوية ، فالقبول يجب أن يكون جوابا عن الإيجاب. (١)

٣- يجب أن يصدر القبول أثناء قيام الإيجاب سواء صدر فى مجلس العقد أم فى المدة المحددة قبل انقضائها .

٤- أن المشرع لم يشترط صيغة معينة للقبول . ولذلك يجوز أن يكون التعبير عنه صراحة باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا بين الناس . ويجوز أن يكون التعبير عنه ضمنيا مثل ما لو تصرف شخص فى بضاعة عرضت عليه بسعر محدد ، فتصرفه هذا يعتبر قبولا لشراء البضاعة بهذا السعر . والعقد يتم بوصول القبول إلى

---

(١) و قضت محكمة النقض بأنه (يجب لتمام العقد أن يكون القبول مطابقا للإيجاب-أما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصا أو تعديلا فان العقد لا يتم و يعتبر مثل هذا القبول رفضا يتضمن إيجابا جديدا.نقض م ١٦ ـ٩٧٦- ٩/١١/١٩٦٥، م نقض م ١٤-٦٥٣-٢/٥/١٩٦٣ م نقض م ٩-٧٤١-١١/١٢/١٩٥٨، - ١٦/١٢/ ١٩٦٧-١٨-٣٩٤ .

علم الموجب ولو تم ذلك بعد وفاة القابل أو فقده لأهليته (١)

هل يعتبر السكوت قبولا ؟؟ .

====================

السكوت : هو عدم التعبير صراحة أو ضمنا . ولا يتصور أن يكون السكوت إيجابا ، لأن المقصود منه غرض قانوني محدد موجه إلى طرف آخر . ولكن يتصور السكوت في القبول فقط . غير أن شراح القانون قد اختلفوا في مدى صلاحيته للتعبير عن الإرادة .

فيرى بعض الشراح أن السكوت دليل على الرضا مستدلين بالتجديد الضمني للإيجار وهو سكوت المؤجر على المستأجر عند بقائه في العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجاره فهذا يعتبر قبولا للتجديد. وقولهم هذا مردود عليهم لأنه لا نص في القانون يجعل السكوت دليلا على الرضا - وفي حالة التجديد الضمني للإيجار لا يكون القبول مستفادا من سكوت المؤجر بل من اتخاذه موقفا إيجابيا أو سلبيا كالمطالبة بالأجرة أو عدم المطالبة بترك العين المؤجرة .... الـخ .

والراجح في الفقه والقضاء هو عدم الاعتداد بمجرد السكوت وعدم اعتباره قبولا أخذا بالقاعدة الفقهية التي تقول (لا ينسب لساكت قول)

---

(١) انظر المادة ٩٢ مدني . فالقانون أعتبر التعبير عن الإرادة قد انفصل عن صاحبه ما دام قد تم له الوجود الفعلي : فلا يسقط بصوت من صدر التعبير ولا يفقده لأهليته أخذا بالإرادة الظاهرة .

لأن السكـــوت بمثابة العـدم واولى بالعـدم أن يدل علـــى الرفـــض .

غير أن السكوت إذا اقترن بظروف وملابسات تخرجه عن كونه مجـــرد سكوت وتجعله دالا على أنه قبول بالتعبير الضمنى . فإنه يسمى سكوتا ملابسـا أو موصوفا (١) والظروف الملابسة للسكوت كثيرة ومختلفة ولا يمكن حصرهـا واستخلاص القبول منها . وهذه مسألة موضوعية متروكة لقاضى الموضـــوع يفصل فيها ولا رقابة لمحكمة النقض عليه .

وقد نصت المادة ٩٨ مدنى على بعض حالات السكـــوت الملابس للـظروف التى يجوز أن يستخلص فيها القبول . تسهيلا للقاضى فى هـــذا الشأن وهـــى بمثابة معيار يهتدي به فى أحكامه والحالات التى نص عليها على سبيل المـثال لا الحصـــــر وهـــــى :-

١- حالة ما إذا كان هناك تعامل سابق بين طرفين يسمح لأحدهما أن يعـــول على رضا الأخر دون انتظار قبول صريح منه . مثل ما لو كانت شركـــة أدوية تتعامل مع إحدى الصيدليات فقامت بإرســـال دواء معـين ومحـــدد السعر . فإرسالها للدواء المسعر وسكوت صاحب الصيدلية وعدم رفضـــه دليل على نية القبول . إذن فالسكوت هنا يعتبر بلا شك قبولا .

---

(١) د. سليمان مرقس صـ٦٣ . د. لبيب شنب صـ٨٩ وبعدهـــا حيث يقـول السكوت الملابس هو السكوت الذى تلابسه وتحيط به ظروف ترجح أنـــه قصد به قبول الإيجاب ، ولا يقصد أي معنى أخر من المعانى التى قـــد يحتملها السكوت (فالسكـــوت فى معرض الحاجـــة بيان)

وقـد أخـذ المشرع بهذه الحالة صراحة فيما يتعلق بعقد الإيجـار :
حيث تنص المادة ٥٩٩ مدنى على أنه (إذا انتهى عقد الإيجار وبقى المستأجر منتفعا بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه، اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى ....) بالإيجاب والقبول الضمنيين .

٢- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول ، فإن العقد يعتبر قـد تـم إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب مثل إرسال المصرف لعميلـة بيانـا بحسابه الجارى . ولم يعترض على هذا الحساب فى وقت مناسب فسكوتـه يعتبر قبـولا واعتمادا لحسابـه .

٣- تمحض الإيجاب لمنفعة من وجـه إليـه (١) يعتبر ظرفا من الظـروف الملابسـة للسكوت لاستخلاص القبول منها . مثل لو عرض شخص علـى أخـر عارية شئ يعلم أنه فى أشد الحاجـة إليها ، فسكـت ولـم ينطق لا بالقبول ولا بالرفض . ففـى هـذه الحالة نعتبر سكوتـه قبولا لتمحض الإيجاب لمنفعتـه لأن العاريـة تمكنـه من الانتفـاع بالشىء المعار مـدة محـددة بـلا مقابل للانتفـاع .
ومثل ما لو وجه شخص إيجابا للدائن يعرض فيه كفالة مدنيـة :
فسكت الدائن : فيعتبر سكوته دليل على قبوله الكفالـة لأنـها تتمحض لمنفعة الدائن . فبمقتضاها يطالب الدائن الكفيل فى حالة عدم وفاء المدين لدينه . وهذه مسألة موضوعية يفصل فيها قاضى الموضـوع فإمـا أن يعتـبر السكـوت قبـولا أم لا .

---

(٤٩) النظرية العامة للالتزامات د. أنور سلطان صـ٦٤ . د. لبيب شنب صـ٩٠ .

والأمثلـــة على ذلك كثيرة منها سكوت الموكل على تجاوز الوكيل حدوح وكالته مع علم الموكل لهذا التجاوز ، وسكوت المؤجر على بقاء المستأجر فى العـــين المؤجرة بعد إنقضاء المدة ، ومثل الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد فإنه يكـــون خالصا لمصلحة الجانب الأخر الموعود له لأن الإيجاب المعروض عليه لا ضرر له منه حتى يتصور رفضه إياه ، فسكوته يعتبر قبولا .

• مدى حرية القابل فى العدول عن قبوله :

من حق القابل أن يعدل عن قبوله مادام هذا القبول لم يتصل بعلم الموجب فعلا أو حكما ، فله أن يسترد خطاب القبول الموجه إلى الموجب من هيئة البريد قبل وصوله إليه . فالعدول عن قبول لا يتصور إلا فى حالة التعاقد بالمراسلـــة ، لأن وجود طرفى العقد فى مجلس واحد من شأنه أن يجعل إتصال القبول بعلـــم الموجب مباشرا .
وتنص المادة ٩١م بأن التعبير ينتج أثره من ساعة الوصول وعلى ذلك فـــــــلا يجوز للقابل أن يعد عن قبوله مت وصل إلى علم الموجب ، ويعتبر وصـــــــول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به ما لم يثبت الموجب أن علمه الحقيقـــى قد تراخى عن تاريخ الوصول وفقا للمادة ٩٧م .

ولكن ما هو الوقت وما هو المكان الذى ينعقد فيه العقد ؟

لا صعوبة فى معرفة وقت ومكان التعاقد إذا كان التعاقد بين حاضرين فى مجلس واحد ، فمكان انعقاد العقد فى هذه الحالة هو المكان الذى يوجد فيه طرفي العقد ، وزمان انعقاده هو اللحظة التى يعبر فيها الموجب له عند إرادته وهى نفس اللحظة التى يعلم فيها الموجب بالقبول (١) إذ أن كل طرف يعلم بتعبير الطرف الأخر فور صدوره .

أما إذا كان التعاقد بين غائبين أي لا يجمعهما مجلس عقد واحد ، وفى هذه الحالة يثور التساؤل عن زمان انعقاد العقد وعن مكانه لوجود الفاصل الزمنى بين صدور التعبير وبين العلم به ولصدور التعبير فى مكان والعلم به فى مكان أخر . وقد اختلفت الآراء والنظريات الفقهية فى تحديد الزمان والمكان للتعاقد بالمراسلة (بين غائبين) أو التعاقد بالتليفون بالنسبة للمكان ، مثل ما لو كان التعاقد بين تاجرين أحدهما مقيم فى القاهرة والثانى مقيم فى الإسكندرية وتم التعاقد بينهما نتيجة للاتصال بالمراسلة أو بالتليفون ففى أى لحظة ينعقد العقد وفى أى مكان ينعقد؟؟

إذا تم التعاقد عن طريق التليفون فهو كالتعاقد بين حاضرين بالنسبة للزمان أما المكان فحكمه حكم مكان التعاقد بين غائبين .

---

(١) د. محمد حسنى عباس نظرية العقد والإرادة المنفردة صـ٤٢

ونبين بإجاز النظريات التى تحدد وقت انعقاد العقد بالمراسلة :-

أ- نظرية إعلان القبول: ترى هذه النظرية بأن العقد يتم فى الوقت الذى يعلن فيه القابل قبوله ، لأن بإعلانه هذا يتم التقاء الإرادتين وهو ما يعنى إبرام العقد وهذه النظرية تتفق مع مقتضيات العصر الحديث وخاصة فى التجارة التى تتطلب السرعة فى التعاقد .

ولكن يؤخذ عليها (١) بأن القابل يستطيع أن يرجع فى قبوله مادام لم يصل إلى علم الموجب ، كما أنه ليس من السهل إثبات الوقت الذى صدر فيه القبول على وجه التحديد .

ب- نظرية تصدير القبول : ترى هذه النظرية أن العقد لا ينعقد إلا إذا صدر القبول إلى الموجب وتخطى مرحلة الإعلان بإرساله فى خطاب بالبريد أو يقوم القابل بتسليمه لرسول يحمله إلى الموجب أو التلغراف .

جـ- نظرية وصول القبول : تر هذه النظرية بأن العقد لا ينعقد إلا من وقت وصول القبول للموجب ولو لم يطلع عليه (٢) بينما ينعقد العقد وفقا للنظرية السابقة بوضع الخطاب المتضمن القبول فى صندوق البريد الخاص بالموجب .

ولكن يؤخذ عليها بأن القابل يستطيع أن يمنع وصول قبوله إلى الموجب بسحب الخطاب من مصلحة البريد قبل أن يصل إلى الطرف الأخر .

---

(١) د. السنهورى جـ١ صـ٥٧٨ ، د. جمال العاقل صـ٦٧

(٢) د. محمد حسنى عباس المرجع السابق صـ٤٣ .

د - نظرية العلم بالقبول : ترى هذه النظريـة ان العقد لا ينعقد إلا بعد علـم الموجب فعلا بالقبول . فلابد من قراءة الرسالة حتى يعلم بالقبـول ، وبعلمه يتحدد وقت انعقاد العقد.

ويعتبر وصول القبول قرينه على العلم به . ولكنها قابلة لإثبات العكس . فيجوز للموجب أن يثبت عدم علمه بالقبول رغم وصوله .

موقف القانون المدنى المصرى :

لقد أخـذ القانون المدنى المصرى بنظرية العلم بالقبول حيث نـص فـى المـادة ٩١ على أنه (ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذي يتصل فيـه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينه على العلم به ، ما لـم يقيـم الدليل علـى عكس ذلك) .

ثم أكد المشرع هذا المبدأ العام فى نص أخر وخاص بحالة التعاقـد بين غائبين فى المادة ٩٧ مدنى :

١- يعتبر التعاقـد ما بين الغائبين قد تـم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلـم فيهمـا الموجـب بالقبول . ما لـم يوجـد اتفـاق أو نـص قانونـى يقضى بغير ذلك .
٢- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصـل إليه فيهما هذا القبول .

وبناء على ذلك لو وجه شخص مقيم فى أسيوط إيجابا إلى أخـر مقيم فى أسوان وحصل قبول الأخر ، فإن زمان انعقاد العقد هو وقت علـم الموجـب بالقبول ، ويفترض علمه بذلك من وقت استلامـه القبول ما لم يثبت العكـس. ومكان انعقاد العقد هو أسيوط لأنه مكان علم الموجب بالقبول .

ولقد أحسن المشرع المصرى حينما أخذ بنظرية العلم بالقبول لأنـها تتفق مع المبدأ القانونى الذى يقضى بأن التعبير لا ينتج أثره إلا عند وصوله إلى علم من وجه إليه . (١)

---

(١) المـادة ٩١ مدنـى

كما أن الأخذ بها يؤدى إلى حماية الموجب لأنه يعتبر غير مرتبط بالتعاقد إلا من وقت علمه بأن أيجابه قد لقى قبولا ممن وجه إليه .

ولمحكمة الموضوع السلطة فى تقرير ذلك ولا معقب عليه من محكمة النقض . (١)

أهمية معرفة وقت انعقاد العقد ومكانه :

أن معرفة وقت أنعقاد العقد له أهميته وتتضح فى هذه الأمور :

١- إن معرفة وقت التعاقد يبين مدى حرية المتعاقدين فى الرجوع عن تعبيرهما . فالأصل أن لهما الحق فى الرجوع قبل تمام العقد ولا يجوز لهما بعده .

٢- معرفة ذلك أمر هام إذا أثيرت مسالة أهلية أحد المتعاقدين لكى يتضح بأنه كان أهلا للتعاقد فى هذه الأونة أم لا فينعقد العقد أو يكون باطلا أو قابلا للابطال .

٣- إن بعض الدعاوى مثل دعوى الإبطال للاستغلال تسقط بعد مضى سنة من تاريخ وقت تمام العقد وغيرها من الدعاوى الأخرى .... وأيضا أثاره تترتب من بدء تنفيذه وهذا أمر يوجب معرفة وقت إتمام العقد .

٤- فى حالة الإفلاس يهم معرفة وقت انعقاد العقد لتحديد أن كان قد تم فى فترة الريبة أم لا . وما يترتب على ذلك من بطلان العقد وصحته .

٥- إن تحديد زمان العقد يساعد بلا شك على تحديد مكانه فلو أخذنا بنظرية القبول فإن مكان العقد يتعين بالمكان الذى يعلم فيه الموجب بقبول القابل أو بنظرية الإعلان يكون مكان التعاقد هو المكان الذى يعلن فيه القبول .

إذن (معيار تحديد زمان الانعقاد هـو نفس معيـار تحـديد المـكان) . (١)
ومعرفة مكان العقد له أثره فى تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع الذى يثور بشأن التعاقد ، ففى قانون المرافعات يتوقف تحديد الاختصاص المحلـى علـى معرفة مكان انعقاد العقد فى بعض الحالات ، وفى القانون الدولى الخـاص قـد يتحدد القانون المختص بحسب المكان الذى تم فيه انعقاد العقد .

* حالات أخـرى للتعاقـد :

أولا: التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة

تنص المادة ٩٩ مدنى على أنه (لا يتم العقد فـى المزايدات إلا برسـو المزاد ويسقط العطـاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا) .

إن هذا النص يسرى على عقود المزايدات وبوجه خاص على عقـود البيـع والإيجار التى تجرى بطريق المزايدة ولهذا قد حسم خلافا فقهيا طال أمده .

ولذلك جاء فى الأعمال التحضيرية (فافتتاح المزايدة على الثمن ليس فـى منطق النص إلا دعوه للتقدم بالعطاءات ، والتقدم بالعطاء هو الإيجاب أم القبول فلا يتم إلا برسو المزاد وقد أعرض المشروع عن المذهب الذى يرى فى افتتاح المزايدة على الثمن إيجابا وفى التقدم بالعطاء قبـولا .
وهذا هو ما نص عليه القانون المدنى من أن التقدم بالعطاء يعتبر إيجابا أمـا القبول فلا يتم إلا برسو المزاد .

والعطاء وفقا للنص يسقط بعطاء يزيد عليه ولو كان هـذا العطـاء باطلا أو قابلا للإبطال لصدوره من ناقص الأهلية كالقاصر . ويسقط العطـاء أيضا إذا أقفل المزاد دون أن يرسو على أحد لأنه ما دام التقدم بالعطاء هـو الإيجاب فهو يسقط إذا لم يصادفه قبل انقضاء الميعاد المحدد، وهذا الميعاد قـد يحدد من دلالة ظروف الحال ومن نية المتعاقدين الضمنية . ويلاحظ أنه بالنسبة للمزادات التى يشترط فيها صاحب الشأن أن له الحق فى قبول أو رفـض أى عطاء لا يتم إرساء المزاد إلا بعد أن يستعمل صاحب الخيار حقه . (٢)

---

(١) د. أحمد سلامه - نظرية الالتزام صـ١٠٥ سنة ١٩٨١م
(٢) د. السهنورى جـ١ صـ٨٥ . د/ أنور سلطان صـ٦٥ .

وبهـذا قضت محكمة النقض بان المـــادة ٩٩ مدنى أن افتتـــاح المزايدة ولو على أساس سعر معين لا يعتبر إيجابا وإنما الإيجاب لا يكـــون الا من جانب المزايد بالتقدم بالعطاء أما القبول فلا يتم إلا بارساء المزاد وقالت فـى حكم أخر (أن بيع أملاك الحكومة الخاصة المطروحة فى المزايدة لا يتـم ركـن القبول فيها إلا بالتصديق على البيع من وزارة المالية ولا يعتبر رســو المزاد

ثانيا : عقود الإذعــــان

تنص المادة ١٠٠ مدنى بأن (القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها .

ومن هذا النص نستطيع أن نعــرف عقـد الإذعـان :
(بأنه هو العقد الذى ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروط بحيث لا يكـون للمتعاقد الأخر إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها كلـــــها) .
فالأصل فى العقود حرية الإرادة فى اختيار ما تبرمه منها وحريتها فى تنظيـــم أثاره . ولكن قد تجبر الظروف أشخاصا معينين إلى إبرام نوع معين من العقـود دون أن يكون لهم اختيار فى إبرامــــه أو عدمــــه أو فــــى ترتيـــب أثـــاره بشــــكل أو بأخـــــر . (١)

* خصائص عقود الإذعان :

جاء فى الأعمال التحضيرية (تتميز عقود الإذعــان عــــن غيرهـا باجتمـاع مشخصات ثلاثـــــــة :-

أولهــا : تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولـى بالنسبـة للمستهلكين أو المنتفعين .

والثاني : احتكار هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليــا أو قيــام منافسة محددة النطاق بشأنها .

والثالث : توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشـروط متماثلـــة على وجـــه الدوام بالنسبـــة لكل فئة منهـــــا .

---

(١) د/ سليمان مرقس صـ ٨٤ .

وعلى هذا النحو يعتبر من قبيل عقود الإذعان تلك العقود التى يعقدها الأفراد مع شركات(الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية. أو مع مصلحة البريد والتليفونات والتلغرافات أو مع شركات التأمين) .

وقضت محكمة النقض بأنه (من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين ويكون فيها احتكار الموجب هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق ، وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محددة ، والسلع الضرورية هى التى لا غنى عنها للناس والتى لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون فى وضع يضطرهم الى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التى يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة ...... كما أن انفراد الموجب بإنتاج سلعة ما أو تجار لا يعد احتكارا يترتب عليه اعتبار العقد المبرم بشأنها من عقود الإذعان ما لم تكن تلك السلطة من الضروريات الأولية للجمهور بالمعنى المتقدم . (١)

---

(١) م ق م ٢٥ - ٤٩٢ - ١٩٧٤/٣/١٢
م ق م ٢٠ - ٨٥١ - ١٩٦٩/٦/٣
م ق م ٥ - ٧٨٨ - ١٥٩٤/١/٢٢

ومما سبق ذكره نستنبط خصائص او مميزات عقود الإذعان وهى :

١- تعلق العقود بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى للمستهلك أو المنتفع كالماء والنور والبريد والتلغراف .

٢- احتكار هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا .

٣- توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط عامه تسرى على كل الناس .

طبيعة هذه العقود :

اختلف الفقه الوضعى فى طبيعة هذه العقود على قولين : (١)

١- يرى فقهاء القانون الإداري - هو ريو ود يجى - ومن معهم الأستاذ سالى من فقهاء القانون المدنى أنها ليست عقودا بالمعنى المعروف . ولكنها بمثابة قوانين تفرض على الناس فرضا فيجب أن تفسر على هذا الاعتبار ، وليس هناك مجال للبحث عن اراده المتعاقدين ، حيث لا توجد إلا اراده المحتكر فلا يطلق عليها عقودا بل يطلق عليها المركز القانونى المنظم .

٢- ويرى جمهور فقهاء القانون المدنى أنها عقود بالمعنى المألوف للعقود الرضائيه - لأنها عقود حقيقية تتم بتوافق إرادتين . والقضاء المصرى يميل إلى ذلك ...... فليس من حق القاضى ان يعدل فيها استقرارا للمعاملات .

---

(١) د.مختار القاضى ص ٦٩

غير انهم يجيزون للمشرع ان يتدخل لتنظيم هـذه العقـود وقد حسم هذا الخلاف المشرع المصرى فى القانون المدنى الجديد واعتبـرها عـقـودا بالمعنى المألوف واعتبر القبول فيها وفقا للمادة ١٠٠ مدنى .

كما أجاز المشرع للقاضى بمقتضى المـادة ١٤٩ مـدنى سلطـة تعـديل الشروط التعسفية فيها وفقاً لمقتضيات العدالة وليس ذلك فحسب بل أجـاز لـه إعطـاء الطـرف المذعن منها تحقيقاً للعدالة ورفعاً للظلم حـيث جـاء فـى هذه المادة (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جـاز للقاضى أن يعدل هـذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعـن منـها وذلك وفقـا لمـا تقـضى به العـدالة ويقـع باطـلاً كل اتفـاق علـى خـلاف ذلك) . وذهب أكثر الفقهاء وغالبية القضاء إلى القول باحترام العقود المطبوعة كعقـد الإيجار وعقد التأمين . ولذلك حكم بصحة الشروط المطبوعة فيـها كمـا حكـم بوجـوب إلزام مـن يتعامل مع شركة على إحترام لوائحها المطبوعة . وقـد أقـر المشرع المصرى وجهة نظرهـم حيث قضى ببطـلان كل شرط لم يبرز بشكل ظاهـر فى وثيقة التأمين وبمفهـوم المخالفـة (١) نستطـيع القـول بأن بقية الشروط المطبوعة فى وثيقة التأمين والشـروط المطبوعه فى غيرها تكون صحيحة .

---

(١) د- مختار القاضى ص ٧١ ، د. جمال العاقل ص٦٥ .

ثالثاً :- الوعـــد بالتعاقـــد :

هو عقد بمقتضاه يلتزم شخص يسمى الواعد بقبول إبرام عقد أخـــر فى المستقبل مع شخص يسمى الموعود له إذا ما أظهر الموعـــود له إرادته فـــى التعاقد معه خلال المدة المعينة (١)

وقد نص القانون المدنى على ما يجب أن يتوافر فى الوعـد بالتعاقـد فى المادة ١٠١ التى تقول : (١- الإتفاق الذى يعـد بموجبه كـلا المتعاقدين أو إحداهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقـد إلا إذا عينت جمـيع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامـه والمـدة التى يجـب إبرامـه فيـها .

٢- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهـذا الشـكل يجـب مراعاته أيضاً فى الإتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هـذا العقد .)

أركان عقد الوعـــد(٢) . ثـــلاثـــة :

١- حصول الإتفاق على طبيعة الوعـد وما إذا كـان ملزمـاً لجانب واحـد أم للجانبين . شريطه أن يكون الإيجاب والقبول متطابقين فيما يتعلق بما هية العقد والأثر المقصود منه .
٢- تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعود به . فإذا كان الوعـد بالبيع وجب تعيين الشيئ الموعود بيعه والثمن المشترط لإبرام عقد البيع . ويجب أن يكون المحل مشروعا والسبب مشروعـا وقـت التعاقد النهائى حتى ولو لم تكن المشروعيه موجوده وقت الوعد .

---

(١) د. لبيب شنب ص١٣١
(٢) د. سليمان مرقس ص٩٩ ، التقنين المدنى فى دور القضاء والفقه محمد كمال عبد العزيز جـ١ فى الالتزامات .

٣- تحديد مدة لإظهار الرغبة وإبرام العقد فيـــها . والاتفاق على المده يكـــون صراحة أو ضمنا حيث يجوز للقاضى أن يستخلص من ظـــروف الاتفـــاق على الوعد أن الطرفين قصدا تحديده بمده معينه فيكفى ذلك لاعتبار الوعد منعقدا وعدم الحكم ببطلانه فمثلا إذا ورد الوعد بالبيع فى ضمن عقد إيجار فمن الممكن أن يستفاد من ذلك أن مده البيع هى مـــدة الإيجـــار ذاتـــها . فالغالب أن يكون قصد الطرفين من هـــذا الوعد إعطاء المستأجر رخصـــه إلزام المؤجر بأن يبيع العين المؤجرة عند انتهاء مده الإجارة وعـدم رغبة المؤجـــر فى تجديدها أو إشتراطه رفع الأجرة لذلك . وإذا ثبت للقاضى أن الطرفين قد قصدا تحديد الوعـد بمده ولم تتضح له حقيقتها فانه من الجائز ان يعتبرهما قد اتفقا على مده معقولة وعليه ان يحددها . (١)

الوعد بالتعاقد فى العقود الشكلية : (٢) إذا كان العقد الموعـــود به عقـــدا شكليا كالهبة والشركة والرهن الرسمـــى ، فان الشـــكل الذى يعتبر ركنا فيـــه يعتبر أيضا ركنا فى الوعد بالتعاقد وفقا للمادة ١٠١ مدنى .

---

(١) انظر أحكام محكمة النقض المدنية فى ٢١/ ٤ /١٩٧٣ - ٢٤-٦٤٩
" " " " " ١/٢٣ / ١٩٦٤ - ١٥-١١٥

(٢) د. السنهورى فى الوجيز ص ٨٦ .

فالوعد بالرهن الرسمى مثلاً إذا لم يفرغ فى ورقة رسمية كان باطلا بطلانا مطلقاً ولم يترتب عليه أى اثر ولكن لتقريب نص المادة السابقة بالمادة (١٠٢) .(١) يتضح بأن توافر الشكلية فى عقد الوعد قياسا على العقد الموعود به لم تشترط لانعقاد الوعد بل لإمكان الحصول بمقتضاه على حكم يقوم مقام العقد الموعود به وبناء على ذلك لو صدر وعد برهن دون ورقة رسمية. فلا يجوز للموعود له أن يستصدر حكماً يقوم مقام الرهن غير أن الوعد والحالة هذه لا يكون باطلا . بل صحيحاً ومنشئاً لالتزام شخص بإنشاء حق الرهن ويترتب على عدم تنفيذه أحد أمرين :-

أ - الحكم على المدين بالتعويض جزاء إخلاله بالتزام تعاقدي .

ب - الحكم بإسقاط أجل الدين وبإلزام المدين بالوفاء فورا .

وفى كلا الأمرين يجوز للدائن بموجب هذا الحكم أن يحصل على اختصاص بعقار من عقارات المدين قد يكون هو العقار الموعود برهنه أو غيره .(٢)

ولذلك جاء فى المذكرة الإيضاحية (ومع ذلك ، فالوعد بإبرام عقد رسمى لا يكون خلوا من أى اثر قانونى إذا لم يستوف ركن الرسمية فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدى إلى إتمام التعاقد المقصود فعلاً ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصيه طبقا لمبدأ سلطان الإرادة .

---

(١) م ١٠٢ (إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل به وقاضاه المتعاقد الأخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضى به مقام العقد

(٢) د. سليمان مرقس ص ١٠١ .

وهـــو بهذه المثابة قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ الى إتمام عقد الرهـــن أو على الأقل إلى قيام دعـــوى بالتعويض بل والى سقوط اجـل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به) .

وجمله القول فيما سبق أن الوعد بالتعاقد المستوفى للشكليه إذا كـان العقـد لا ينعقد إلا بها فانه يمكن أن يؤدى إلى حكم قضائى يقوم مقام العقد الموعود به . وفى حالـــة عـــدم توافـــرها فانه لا يـــؤدى إلى ذلك بل يترتب عليه أحـد الأمرين السابقين .

إلا الوعد بالهبة فلا ينعقد إلا إذا كان بورقه رسميه (١) وبدونها لا قيمـــة له ولا يصلح أساسا لمطالبه الواعد بتعويض عن عدم إبرامه عقدا الهبة . (٢)

شروط انعقاد الوعد وصحته :

١- يجب ان يكون الواعد اهلا للتعاقد النهائى وقت الوعد لان الوعد بالتعاقـد ما هـــو إلا خطوة نحو العقد النهائى ولذلك فإن شـــروط العقد بوجه عام مطلوبة فى الوعد به " الانعقاد والصحة " .

- أهليه الواعـــد والموعـــود له .

إن أهلية الواعـد تقدر وقت الوعد لا وقت التعاقد النهائى فلو فقدت بعد الوعد بأن حجر عليه مثلا فلا أثرلذلك .

---

(١) المادة ٤٩٠ مدنى .   (٢) د. سليمان مرقس ص١٠١

بخلاف أهلية الموعود له تقدر وقت العقد النهائى لا وقت الوعد . فمن الجائز ان يكون قاصرا وقت الوعد لكن بشرط أن تتوافر فيه اهلية التمييز وقت الوعد لأنه عقد كامل بين طرفين "

٢- يجب أن يكون رضاءهما صحيحا: أى غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة الغلط - والتدليس - والإكراه والغبن وهذه العيوب تقدر بالنسبة للواعد أيضا وقت الوعد لأنه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك . حيث ان التعاقد النهائى يتم بمجرد ظهور رغبه الموعود له . إما عيوب الإرادة فتقدر بالنسبة للموعود له فى الوقتين معا - وقت الوعد - والتعاقد النهائى لصدور الرضا منه فى كلا الوقتين . ولذلك يجب ان يكون رضاء الموعود له صحيحا فيهما .

٣- مشروعية المحل والسبب وقت التعاقد النهائى . فإذا لم تتوافر هذه المشروعية وقت الوعد ، ثم توافرت وقت العقد النهائى فانه يكون كافيا .

- الآثار المترتبة على الوعد بالتعاقد : (١)

إذا توافرت الشروط السابقة للوعد بالتعاقد كان العقد صحيحا وإذا كان الأمر كذلك فما هى الآثار التى تترتب عليه ؟؟؟ .
والإجابة عن ذلك تقتضى منا إن نفرق بين حالتين وهما : قبل ظهور رغبة الموعود له وبعد ظهور رغبته .

---

(١) د. السنهورى الوجيز ص ٨٧ . ف ٩٤

المرحلة الأولى : قبل ظهور رغبه الموعود له فى التعاقد النهائى فى هـــذه المرحله لا يكتسب الوعد الموعود له الا حقا شخصيا فقط . فاذا كان الوعد ببيع عقار مثلا فان الموعود له لا يكتسب الا حقا شخصيا فـــى ذمه الواعد ،ولا تنتقل اليه ملكيه الشيء الموعود ببيعه . وبناء على ذلك يبقى الواعد مالكا لعقار ويجـوز له ان يتصرف فيه الى وقت التعاقد النهائـــــى . وتصرفه هذا يسرى فى حق الموعود له فاذا باع العين فليس للموعـــود له إلا بالرجوع على الواعد بالتعويض بشرط ان يسجل العقار المبيع قبل إظهار رغبة الموعود له في الشراء . حتى يسرى فى حقه .

وفى هذه الحالة أيضا يتحمل الواعد تبعةً هلاكه اذا كان بسبب أجنبى لأن الواعد لا يزال مالكا للشيء الموعود ببيعه . (١)

المرحلة الثانية : بعد ظهور رغبه الموعود له فى ابرام العقد النهائى فى الميعاد المتفق عليه كان ذلك قبولا منه للإيجاب الـــذي يتضمنه الوعد فيتم بذلك العقد النهائى دون حاجه الى صدور قبول من الواعـــد لإظهار الرغبة ودون الحاجة إلي إي جراء آخر ويعتبر العقد الموعود به قد تـــم وينتج آثاره من وقت الموعـــود له لرغبته . ففى الوعـــد بالبيع يتم عقد البيع وينتج كافة آثاره من وقت قبول الموعود له بدفـــع الثمـــن . إلا إذا كان الأمـــر يقتضي تدخل البائع لنقل ملكيه الشيء المبيع كتوقيعه أمـــام مأمـــور الشـــهر العقاري على العقد النهائى فإذا امتنع الواعد جاز للمشترى الموعـــود لـــــه الحصول على حكم بإثبات التعاقد .

---

(١) نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة ٣ رقم ٨٤ ص ٢٤٠ مشار إليه د ٠ السنهوري الوجيز ص ٨٨ .

وقــام الحكــم متى حــاز قوة المقضى مقام عقد البيع، فإذا سجل انتقلت ملكيه العقار إلى المشترى (١) وقد قضت محكمه النقض بأنه (الوعد بالإيجار عقد غير مسمى ينشئ في ذمة الواعد التزاما نحــو الموعود له بأن يؤجر له العين إذا اظهر رغبته في استئجارها خلال مدة معينة وينقلب إلى إيجار كامــل بمجرد ظهور هذه الرغبة دون حاجة إلى رضاء جديد من جانب الواعــد الذى يلتزم عندئذ بجميع التزامات المستأجر ، وكانت الآثار المترتبة على الوعـد بالإيجار وأن علق على شرط واقف يختلف عن تلك المترتبة على الإيجار بالعربون الذى يراد به حفظ حق كل من المؤجر والمستأجر فى الرجوع عن العقد خلال المــدة المتفق عليها إذا حددت مدة للرجوع أو فى أى وقــت إلى يـوم التنفـيذ مقــابل العربون بالنسبة لمن دفعه وضعفه لمن قبضة . (٢)

وإذا مضت المدة المتفق عليها دون أن يستعمل الموعود له حقه في أبرام العقد الموعود به أو إذا صرح قبل ذلك بعدم رغبته في التعاقد أنتهى عقد الوعد و انقضى التزام الواعد و حق الموعود له . (٣)

---

(١) المادة ١٠٢ مدني

(٢) م ق م ١٩٧٨/٦/١٤ طعن رقم ٥٧٥ لسنة ٤٤ق

(٣) نقض مدني ٢٣/٣/ ١٩٤٤ م ق س ص٨٣

الوعد في الفقه الإسلامي

يرى جمهور الفقهاء بأن الوعد غير ملزم ولكن يكره عدم الوفاء به ، لأنه من صفات المنافقين لقول الرسول " آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب . وإذا وعد أخلف . وإذا أؤتمن خان "

ويرى المالكية وهو المشهور عندهم أن الوعد ملزم إذا أدخل به الواعد الموعود في سبب كمن يعد شخصا بأن يقرضه إذا اشترى منزلاً معيناً أو تزوج فإذا ذهب الموعود فاشترى المنزل أو تزوج فيلتزم الواعد بالوفاء له بالشيء الموعود به لأن الواعد أدخله في سبب باشره بالفعل فإذا أخلف وعده فأنه يضره والرسول (ص) يقول " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام " وهذا أمر يستوجب التعويض لمن لحقه الضرر . (٢)

ثالثاً: التعاقد بالعربون :-

هو اتفاق يقترن إبرامه بقيام أحد المتعاقدين بدفع مبلغ من المال للتعاقد الأخر ليكون دليلاً على إتمام الاتفاق .

---

(١) الفروق للقرافي جـ٤ ص ٢٤ - والتصرف الانفرادي للشيخ علي الخفيف ص ١٩٥ وهناك رأى للمالكية بإلزام الواعد بوعده إذا كان على سبب ولو لم يباشره الموعود فمن وعد شخصا بإقراضه ليسدد دينه لزمه الوفاء بوعده وهناك رأى بإلزام الواعد بوعده مطلقا .

(٢) د . عبد الناصر العطار ص ٨٧ .

والعربون هو ما يدفعه احد المتعاقدين من مال للتعاقد الأخـــر عنـــد إبرام العقـــد. وقـــد يقصـــد المتعاقـــدان مـــن دفـــع العربـــون أحـــد أمريـــن :-

الأمـــر الأول : تأكيد التعاقد بينهما أى المضـي فى تنفيذ العقـــد حتى النهايـــــــة .

الأمـــر الثاني : الدلالة على أنه يجـــوز لكل من المتعاقدين التحـــلل مـــن العقـــد.

ونية المتعاقدين هـى التى تحدد الغرض الذى من أجله دفع العربون وعلى القاضى أن يبحث عنها لتحديد ذلك مستعينا بنصوص التعاقد والظروف المحيطة به وفى حالة عدم الوضوح وجـب تفسـير العربون على أن الهدف منه الدلالة على خيار العدول لأن الأصل فى دفع العربون أن يكون دليلا على الاحتفاظ بحق الرجوع لكل من الطرفين وأكثر ما يكـون ذلك فى عقد البيع وفى الإيجار فيدفع المشترى للبائع أو المستأجر للمؤجر جـــزءا من الثمن أو الأجرة . أما لحفظ الحق لكل من المتعاقدين فى العدول عن العقـــد بأن يدفع من يريد العدول مقدار هذا العربون للطرف الأخر وأما للبت فى العقـد عـن طريق البدء فى تنفيذه بدفع العربون ٠ (٢)

وقد اختلفت القوانين فى الدلالة على العربون : فبعضها أخـذ بدلالة العدول كالقوانين اللاتينية ، وبعضها أخذ بدلالة البـت والقطـــع كالقـــوانين الجرمانية . وكلتا الدلالتين قابله لاثبات العكس .

---

(١) د/ السنهوري الوسيط جـ١ ص ٢٧٧ د٠ جمال العاقل ص٧١

(٢) الوجيز للسنهوري ص ٩١ ف١٠١

موقف القانون المدنى المصرى من العربون .

أن القانون المدنى القديم لم ينص على أى حكم بالنسبة للعربون ولذلك كان القضاء يتردد بين الدلالتين وكان يأخذ فى ذلك بنية المتعاقدين .

ثم حسم القانون المدنى الجديد هذا التردد وأخذ بدلالة المدول حيث نص فى المادة ١٠٣ مدنى على أن (١- دفع العربون وقت أبرام العقد يفيد أن لكل المتعاقدين الحق فى العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .
٢- فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذاعدل من قبضه رد ضعفه . هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر .)

ومن هذا النص يتضح لنا بأنه إذا لم يتفق الطرفان صراحة أو ضمنا على أن العربون دفع لتأكيد القطع والبت في التعاقد . كان دفعه دليلاً على جواز العدول لكل من الطرفين عن العقد . فإذا لم يعدل أحدهما في المدة المتفق عليها صار العقد باتا واعتبر دفع العربون تنفيذا جزئيا للعقد على أساس أنة مبلغ قدمة الملتزم فتقع مقاصة بينة وبين قيمة الالتزام الأصلي (ثمن الشئ المبيع) .

أما إذا عدل أحد أطراف العقد . فأن كان العدول من جانب الطرف الذي دفع العربون فقده ولا يجوز له أن يسترده .

أما إذا كان العدول من القابض للعربون فإنه يجب علية دفع ضعف مـا أخـذه سواء ترتب على ذلك حدوث أي ضـرر أم لا (١) وهـذا أمـر خـارج علي قـواعـد المسئوليـة.

غرامة العدول عن التعاقد في حالة دفع العربون والشرط الجزائي:

ان غرامـة العربون كما سبق لا تعتبر تعويضا عن الضرر . فهي واجبة حتي ولو لـم يترتب على العدول أي ضرر ، لأنها المقابل الذي اتفق عليه المتعاقدان لحق العدول . ويترتب علي ذلك أنـة لا يجـوز للقاضي أن يعـدل فيـها لا بالزيـادة ولا بالنقـص .

الشـرط الجـزائي : يختلف عن العربون حيث إن الشرط تقدير اتفاقي لضرر وقع . ويجوز للقاضي أن يعدل فيه بالزيادة والنقص ومن حقه إلا يحكم به أصلا إذا لـم يثبت الضـرر .

طبيعة العربـون : اختلف الفقه الوضعي في طبيعة العربون علي قولين :

القول الأول : يري البعض بأن العقـد بالعربون عقدا معلقا علي شرط واقـف ويترتب علي ذلك أن جمـيع آثاره تتوقف حتـي تنتهي المدة المحددة للعـدول ويسقط خيار العدول عن العقـد وفي هذه الحالة ينفذ العقد بأثر رجعي أي من وقـت إبرام العقـد . لا مـن وقـت نفـاذه .

---

(١) د. عبد الحى حجازى - النظرية العامة للالتزام ص٥٥ وبعدها
د. السهنورى الوسيط جـ١ ص ٢٨٠ والوجيز ص٩٣ .
د. مختار القاضى المرجع السابق ص٧٤ .

القول الثاني : يرى البعض بأن العقد بالعربون معلقا على شرط فاسخ ، و بناء على هذا الرأي يعتبر العقد نافذا و يترتب عليه أثاره من وقت إبرامه غير أنه ينفسخ فى حالة ما لو استعمل أحد المتعاقدين حقه فى العدول عن العقد .

أحكام محكمة النقض : قضت محكمة النقض على أنه (من المقر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة إن نص المادة ١٣٠ مدنى ...... يدل على أنه و إن كان لدفع العربون دلالة العدول إلا إن شروط التعاقد قد تقضى بغير ذلك و المرجع فى بيان هذه الدلالة هو بما تستقر عليه نية المتعاقدين وأو إعطاء العربون حكمة القانون أو أن لمحكمة الموضوع ان تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها لتتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذى انعقد به البيع باتا أم أنه عربون فى بيع مصحوب بخيار العدول إذ أن ذلك يدخل فى سلطتها التقريرية التى لا تخضع فيها لمحكمة النقض طالما أن قضاءها يقوم على أسباب سائغة) . (١)

---

(١) م ق م - ١٩٧٩/٥/٢٤ الطعن رقم ١١١٠ لسنة ٤٨ق
م ق م - ٢/٢٣ /١٩٧٥ س ٢٦ - ٤٥٧ .
م ق م - ١٩٧٠/٤/٣٠ س ٢١ - ٧٤٣ .
م ق م - ١٩٧٠/٢/٢٦ س ٢١ - ٣٤٤ .
م ق م - ١٩٤٦/٣/٢١ س ١٢ - ٣٦٦ .

العربون فى الفقه الإسلامي :

ان حكم العربون فى الفقه الاسلامى يختلف عما هو موجود فى الفقه الوضعى فحينما تكون دلالة العربون تنفيذ العقد فان هذا الأمر يكون جائزا شرعا مثل ما لو قال البائع للمشترى بعت لك هذا العقار على أن تدفع من ثمنه جزءا كعربون. فدفع العربون فى هذه الحالة يدل على تمام تنفيذ العقد ، و يخصم العربون من الثمن الكلى للشي المبيع غير أن العربون فى الفقه الاسلامى له دلالة أخرى مثل ما لو أشترى شخص عقارا و دفع عربونا ثم أشترط البائع على المشترى فى حالة اختياره للشراء يكون العربون جزءا من الثمن الإجمالي للشيء المبيع و فى حالة عدوله عن الشراء يظل العربون من حق البائع و لا يجوز للمشترى أن يسترده من البائع .

و قد تعرضت المذاهب الإسلامية لهذه الصورة و هل هى جائزة شرعا أم لا ؟؟

و قد أختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول : يرى فقهاء الحنفية و الشافعية و المالكية (١) أن بيع العربون لا يجوز شرعا بل هو حرام لنهى النبى (ص) عن ذلك حيث قد نهى (ص) عن بيع العربان أى العربون . لما فيه من الضرر .

---

(١) فتح القدير جـ٤ ص٣٠ ابن عابدين جـ٥ ص١٢٠ ، المبسوط للسرخسى جـ٧ صـ٨٥ حاشية الدسوقى جـ٣ صـ٦٣ نهاية المحتاج جـ٣ صـ٤٩٥

القول الثاني : يرى الحنابلة أن بيـع العربون جائز و مباح شرعا و دليل ذلك ما روى عن نافع بن الحارث أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أميـه فان رضى عمر و إلا فلصفوان كذا من المال . و فضلا عن ذلك فان الإمام أحمد بن حنبل قال في حديث النهي عن العربون بأنه ضعيف و لا يعمل به . و بنـاء على هذا الرأى فأنه يجوز أن يشترط من البائع و المشترى على الأخـر أنه إذا اختار المشترى التعاقد فان العربون يخصم من إجمالي الثمن و فى حالة عـدول المشترى عن التعاقد فان العربون يكـون حقـا للبائـع ولا يرد للمشـترى. كما أن فقهاء المسلمين أجازوا صورا أخرى غير ذلك و لم يتعرضوا للصـورة التى تعرض لها الفقه الوضعى من كون العربون دالا على الرغبة فى إتمـام العقد بحيث من يعدل عن إتمامه يخسر العربون أو يخسر مثله . ولكنى أرى أن حكم القانون المدنى لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية لان العقد شريعـة المتعاقدين - و لحديث " المؤمنـون عنـد شـروطهـم إلا شرطـا أحـل حرامـا أو حـرم حـلالا "

فالعدول عن التعاقد يترتب عليه غرامة العربون السابقة وخصوصـا إذا ترتب عليه ضرر حيث لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام و على المشرع أن ينـص أنه من حق القاضى فى هذه الحالة أن يعدل من غرامـة العربون كالشـرط الجزائى .

---

(١) المغنى لابن قدامه جـ٤ صـ٥٨ وبعدهـا .
(٢) د. عبد الناصر العطار المرجـع السابق صـ٩٨.

رابعاً - العقد الابتدائي :- (١)

الوعد بالتعاقد قد يكون ملزماً للطرفين (البائع ، المشترى) بموجبه يلتزم صاحب العقار مثلاً ببيعه للطرف الأخر ، وفى الوقت نفسه يلتزم المشترى بشرائه منه ودفع الثمن ، وبهذه الصورة يتم ما يسمى بالعقد الإبتدائى وهو الوعد الملزم للجانبين وفيه يتفق الطرفان على جميع شروط العقد المراد إبرامه كالبيع مثلاً مع تحديد أجل لتحرير العقد النهائى .

والغرض من هذا الأجل هو إعطاء مهلة للحصول على الثمن المتفق عليه والتأكد من أن البيع فهو مثقل بحقوق عينية لم يعلن عنها البائع ، وإعطاء البائع مهلة لتحضير المستندات المثبتة للملكية والتى ألتزم بتقديمها فى العقد الابتدائي .

فإذا حل الأجل المحدد لإبرام العقد النهائى للملكية أقام مأمور الشهر العقارى وحرر هذا العقد ، وأصبح هو المرجع فى تحديد الحقوق والالتزامات لكل من المتعاقدين ، ولا عبرة بما هو مكتوب فى العقد الإبتدائى ولو كان مخالفاً للعقد النهائى ، وإذا امتنع البائع عن تحرير العقد النهائى جاز للطرف الثانى أن يلجأ للقضاء للحصول على حكم بصحة ونفاذ العقد ، ويكون فى قوة العقد النهائى ، ويقرر بتسجيل الحكم حتى تنتقل الملكية وكثيراً ما يقع التعاقد بهذه الصورة فى الحياة العملية .

---

(١) د. السنهورى الوجيز ص٨٩ ع٩٧

د عبد الودود يحيى المرجع السابق ص٤٠٦

د أحمد سلامه المرجع السابق ص١١١

د سليمان مرقس المرجع السابق ص٩٧ ع٩٥

خامساً :- النيابــة في التعاقــد :-

*** تعريف النيابة في التعاقد**

النيابة هـي حلـول إدارة النـائب محـل إدارة الأصيل ، مـع انصـراف الأثـر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل. (١) لا إلى النـائب الـذى أبـرم العقـد ، بحيث يعتبر الأصيــل هو التعاقــد وهو طرف العقــد .

والقاعدة العامة : هى أن كـل عقد يجوز للشخص أن يبرمـه بنفسـه يجـوز أن يبرمه بواسطـة النائب ، ما عدا بعض التصرفات القانونيـة كحلـف اليمين فـلا يجــوز بواسطـــة النـائب .

■ أنـواع النيابة فـي التعاقد

١- **نيابة قانونية** : وهى التى يحدد القانون نطاقها وحدودها كنيابة الولــي .
٢- **نيابـة قضائيـة**: وهى التى يكـون مصدرها حكـما قضائيا كنيابـة القيـم أو الحارس القضائي والفضولي والدائن الذى يستعمل حق مدينـه ، وهـــذا النوع يندرك تحت النيابة القانونية لأن القانون هــو الذى يحــدد نطاقهـا وعلى هذا يسير غالبية الفقه .
٣- **نيابة اتفاقية** : وهى التى يكـون مصدرهــا الاتفاق كنيابـــة الوكيل عـن الموكل . والمصدر الذى يحدد سلطة النائب قد يكون هو الاتفاق كما هـــو الحال فى الوكالة ، وقد يكون هو القانون كنيابة الولي والوصي والقيـــم والحارس القضائي والدائن الذى يستعمل حقـــوق مدينــــة .

---

(١) الوجيز للسنهورى صـ٥٧

والفقه الإسلامي يستعمل الوكالة بدلاً من النيابة الاتفاقية واصطلاح الولاية والوصاية والقوامة والحجر بدلاً من النيابة القانونية والقضائية .
وليس هناك ما يمنع من استعمال النيابة فى التعاقد ، لأن نظرية النيابة نظرية يقصد منها التعرف على القواعد العامة المشتركة للوكالة والولاية.... فالنيابة ..... سواء أكانت وكالة أو ولايته هى صلاحية الشخص لنفاذ تصرف على غيرة . (١)

• شروط النيابة

حتى تتحقق النيابة فى التعاقد وتكون صحيحة ونتيجة لأثارها لابد من توافر شروط ثلاثة :-

١ - حلول إرادة النائب محل إدارة الأصيل :

فالعقد فى هذه الحالة ينعقد بإدارة النائب لا بإدارة الأصيل فالنائب حينما يقوم بالبيع أو الشراء فأنما يساوم ويعبر بإرادته هو شخصياً بصفته نائباً لا بإرادة الأصيل ، أما إذا عبر بإرادة الأصيل فإنه لا يعد نائباً بل يعد رسولا(٢) وهذا قدر مشترك فى الشريعة والقانون على السواء حيث أن المشرع الوضعي قد نهج منهج الفقه الإسلامي فى هذا الشرط حتى تكون إرادة النائب هى محل اعتبار التعاقد بطريقة النيابة .

وقد نصت المادة ١٠٤ / ١ مدنى على أنه (إذا ثم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة ، أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما) .

---

(١) د. عبد الناصر العطار المرجع السابق ص١٠٢

(٢) والرسول : هو الذى يتكلم بلسان الأصيل فيتكفل بنقل إرادته إلى شخص أخر نقلا ماديا كمصلحة البريد أو التلغراف .

• ويترتب على أن النائب يعبر عن إرادته أمــران :

الأمــر الأول : ينظر فى عيوب الإرادة إلى إرادة النائب لا إلى إرادة الأصيل ، بخلاف الرسول فأنه لا ينظر لإرادته بل إلى إرادة المرسل وبناء على ذلك فإن وقع النائب فى غلط أو تدليس أو إكراه فإن العقد يكون قابلاً للأبطال ، وأيضاً يعتد بالإكراه والتدليس الصادرين من النائب ، فتكــون إرادة المتعاقــد الآخــر معيبــة .

الأمــر الثاني : إذا كان القانون يرتب أثراً على حسن أو سوء نية المتعاقد فإنه ينظر والحالة هذه إلى نية النائب لا إلى نيابة الأصيل ، ففي الدعوى البولصية مثلاً لا يجوز الحكم بعدم نفاذ التصرف إذا كان النائب حسن النية وتعامل مع مدين مصر ، ولكن يجوز ذلك إذا كان النائب سيئ النية ، حتى ولو كان الأصل حسن النية ، لأن العبرة بنية النائب لا بنية الأصل ، غير ان القانون قد يعتد بإرادة الأصيل فى حالة معينة .
كما لو كان النائب وكيلاً ويعمل وفقاً لتعليمات محددة صدرت له من موكلة ، فإن القانون يعتد بإرادة الأصل لأنها قامت بدور فعال فى إبرام العقد مثل ما لو وكل الأصل شخصاً فى شراء سيارة معينة وكان الأصل يعلم بما فيها من عيوب والوكيل يجهلها ، فلا يجوز للموكل أن يرجع على البائع بعد إبرام العقد بدعوى العيب بحجة أن الوكيل الذى ابرم العقد كان يجهل ذلك وفقا للمــادة ١٠٤ / مدنـــى .

---

(١) د. عبد الودود يحيى صـ٤١٠

• اهليـــة النـــائب .-

بالنسبة لأهليـة النـائب نجـد الأمـر يختلـف فـى النيابـة الاتفاقيـة عـن النيابـة القانونية ، فإذا كانت النيابة اتفاقية فإنه يكفى أن يعرف النائب بوضوح نتـائج التصرف القانوني الذى يبرمه فقط ، ولا يشترط أن تتوافر فيه الأهلية اللازمـة لإبرام التصرف الذى يباشره من الأصل لأن التصرف ينتج فـى شخص الأصل لا فى شخص النائب فالأصيل هـو الـذى يجب أن تتوافر فيـه الأهليـة اللازمـة للتصرف فمثلاً شراء أرض أو منزل ، يكفـى أن يكـون الوكيل سيئاً بخـلاف الموكل لابد أن يكون متمتعاً بأهلية التصرف .

إذن فالعبرة فى النيابة الاتفاقية بأهلية الأصل لا بأهلية النائب فـى الوقت الذى يباشر فيه النائب العقد .
أما النيابة القانونية فانه فى هذه الحالـة يجب أن تتوافر الأهليـة اللازمـة فـى النائب لإبرام التصرف الذى يباشـره لأنـه يتولـى مصـالح الأصيل لعدم قدرتـه على مباشرتها حيث أنه والحالة هذه شخص معدوم الأهلية أو ناقصها ، ولذلك يجب أن يكون النائب كامل الأهلية أو أهلا لمباشرة التصرفات القانونية .

٢- أن يتم التعاقد باسم الأصيل لا باسم النائب :-

فمقتضى هذا الشرط أن يتم التعاقد بأسم الأصيل لا باسـم النـائب . وبنـاء على ذلك فلو تعاقد النائب صفته الشخصية دون ذكـر الأصيـل ، فـإن النيابـة لا تقوم ولا يتعقد العقد لا مع النائب ولا مع الأصيل لعدم تطـابق الإرادتيـن فنـائب لا يتعاقد باسمه، والطرف الأخر يعاملـه بصفته الشخصية لا بصفته نائباً. (١)

---

(١) د. مختار القاضي صـ٧٨

ولا ينصرف أثر التعـاقد إلـى الأصل الا فـى حـالتين استثناء مـن الاصل وفقـا للمادة ١٠٦ مدنى وهما :

أ- إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجـود النيابـة كالخادم الذى يشترى حاجات لمخدومة ، والمستخدم الذى يبيع البضاعـة فى محل تجارى ، أو كان النائب مدير شركة ويتعاقد باسمهـا .

ب- إذا كان الشخص الذى تعاقـد معـه النائب يسـتوي عنده أن يتعامل مع الأصـيل أو النائب ويكون ذلك فى العقود التى لا يعتـد فيهـا بشخصيته المتعاقد مثل ما لو باع شخص لحساب أخر كمية من القمـح أو الأرز دون أن يفصح عن صفته وقت التعاقد ، فالمشترى والحالة هـذه يستوي عنده أن يتعامل مع النائب أو الأصل .

٣- **يجب أن يعمل النائب فـى حـدود نيابتـه .(١)**

وهذه الحدود تبين بمقتضى القانون كما فى الولاية والوصاية والقوامة وغيرهـا . أو بمقتضى الاتفـاق كما فـى عقـد الوكالـة .

ويتضمن هذا الشرط التزام حدود النيابة من حيث الموضوع والعمل الـذى يقـوم به ، وحـدودها من حيث المكان فالنائب قد يكون مفوضـا فى أن يعمل فى بلد دون أخر ومن حيث الزمان فقد تكون النيابة لفترة معينة أي لحين بلوغ القاصر مثلاً أو لمدة سنة أو ثلاث سنوات فإذا خرج النائب فى هذه الحدود لـم يـترتب الالتزام فى ذمة الأصيـل . إلا إذ أقره الأصيـل وأجـازه .

وقد قضت محكمة لنص بأن (الأصيل فى قواعد الوكالـة أن العب الـذى يتعـاقد مع الوكيل عليه أن يتثبت من قيام الوكالة ومن حدودها ولـه فـى سبيل ذلـك أن يطلب الوكيل ما يثبت وكالته ، فإن قصر فعلية تفسيره وأن جاوز الوكيـل حدود وكالته فلا يصرف اثـر تصرفـه إلـى الأصل ويسـتوى فـى ذلـك أن يكـون لوكيـل حسن النية أو سيئ النية . قصد الإضرار بالموكل أو بغيره .

---

(١) د. مختار القاضى ص٧٨

وقضت بأن (نيابة الولى عن القصر هى نيابة قانونية ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذى يقوم به إلى قاصر أن يكون هذا العمل فى حدود نيابة، أما إذا جاوز الولى هذه الحدود فإنـــه يعقد صفة النيابـة ولا ينتـج العصب الذى عام به آثره بالنسبة إلى القاصر ولا يجوز لرجوع على هــذا الأخــير إلا بقدر المنفعة التى عادت عليها بسببها ، فأي تصرف صادر من الوكيل خان من حدود وكالته لا ينفذ فى حق موكله إلا بإجارته ذات التصرف . وهذا هو الأصـل غـير أن هناك استثناءين وهمــــــا :

أ- **الاستثناء الأول :** وهو ما نصت عليه المـادة ١٠٧ من القانون المدنى على أنـه إذا كان النائب ومـن تعاقـد معه يجهلان معاً أو التزاما ، يضاف إلـى الأصل أو خلفائه فالجهل بانقضاء النيابة يجب أن يكـون مشتركاً بين النائب ومن تعاقد معه حتى يتحقق هذا الاستثناء ، وهذا أمر مخالف لأحكام الغلـط المشترك الذى يجعـل العقد قابلا للأبطـال ويكــون ذلك واجبـاً إذا طلبـــه النـــائب أو الأصــــل .

ب- **الاستثناء الثانى :** وهو ما ذكرته المادة ٧٠٣ مدنى فى فقرتها الثانية حيـث تنص على أن للوكيل أن يخـرج عن الحدود المسموحـة للوكالة متى كان مـن المستحيل عليه أخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافـق على هذا التصرف وعلى الوكيل فى هــذه الحالـــة أن يباد بإبلاغ الموكل خروجه من حدود الوكالـــــة .

من هذه المادة تعتبر تطبيقاً لقواعد الفضالـــة . (١) لا الخـروج عن حدود الوكالـــة فى حالة الضرورة يجعل الوكيل فى حكم الفضولي . مثل ما لـو وكـل شخص إنساناً فى بيع عقار بسعر محدد شريطه أن يكون العربـون مبلـغ محدد أى لا يقل عن ٢٠٠٠ جنيه مصرى . غير أن المشترى لظروف ما تعذر عليــه أن يدفع هذا المبلغ كعربون علماً بأن رجلا قام بدفع ١٥٠٠ جنيه أقل من المبلغ المطلوب . ففى هذه الحالـــة يجـوز للوكيل أن يخــرج عن حـدود وكالتـــه لقبولـه هـذا العربون وعليـه أن يبلـغ موكلــه بما فعــل .

---

(١) د/ مختار القاضي صـ٧٩

ويرى البعض بأن حالات انصراف أثر التصرف إلى الأصيل رغم تجاوز حدود النيابة تنحصر فـى ثلاثـــــة :

الأولـى : إقـرار الأصيـل للتصرف بشرط أن يكون عالما به بأنــه خارج عـن حــدود النيابــة ويقصـد إضافــة أثره إلــى نفســه . (١)

الثانية : حالة كون التصرف تابعاً للأصيـــل .

الثالثة : حالة وجود ظروف من فعل الأصل من شأنها أعطاء فكرة أوسع فى الحقيقة عن مدى النيابة . (٢)

آثار النيابـة : (٣)

إذا توافرت الشروط السابقة للنيابة فى التعاقد فإنها تكون صحيحة ونتيجة لآثارها التى توجـد فى عـــلاقات ثلاث وهـــى :

أ- علاقة النائب مع الغير: بينا سابقاً أن النائب يتعاقد باسم الأصيل لا باسمـــه وبناء علـى ذلك لا يكسب النائب أى حـق من العقد الذى أبرمه باسـم الأصيل لأن الآثار القانونية للعقد تنشأ فى ذمة الأصيل مباشرة ولا يجـوز النائب أن يطالب الغير بالآثار إلا إذا كانت نيابته غير مقصورة علـى إبرام العقـد بل تشمل تنفيذه أيضاً ولا يجـوز مطالبة النائب شخصيا بأي دين نشـأ مـن العقد فى هذه الحالة ولكن يجوز مطالبتـــه بصفتـه إذا كانت نيابتـــه تشمـل التقاضي والتنفيذ على أن ينفذ الحكم فى هذه الحالــة هـذه فى أمـــوال الأصيـل لا فى أموالـــه الخاصة ولكن يسأل النائب شخصيا علـى أســاس العمل غـير المشروع فى حالـــة ما لـــو ارتكب خطأ للغـير وهـــو يباشـــر نيابتـــه .

ب - علاقة الأصيل مع الغير : وفقاً للمـــادة ١٠٥ مدنى أنه ينشأ بين الأصيـل والغير علاقة مباشرة حيث ينشأ للعقد فى ذمة الأصيـل حقوقاً والتزامـات مقابل ما ينشأ فى ذمة من تعاقد معه نائبة من التزامات وحقـوق بنـــاء علـــى ذلك يجـوز للأصيـل أن يطالب بحقوقـه دون وساطـة نائبة كمـا يجوز للغير أن يطالبه مباشرة بحقوقه دون حاجـه إلى توجيـــه هـــذه المطالبـة إلى نائبـة.

---

(١) د/ السنهورى صـ ٣٠٥

(٢) النيابة فى التصرفات . د/ جمال مرسى

(٢) د/ سليمان مرقس صـ١٠٣

جـ علاقـة الأصيـل والنائب :-

إن المصدر الذى انشأ النيابة هو الذى يعلم الفرق بين الأصيـل والنائب فأن كانت النيابة اتفاقية كما فى الوكالـة فإن العقد هـو الـذى يبين التزامات النائب وحقوقه قبل الأصيل وإن كانت النيابة قانونية أو قضائية فإن القانـون أو القضاء هو الذى يحدد مدى ولاية النائب وحقوقه وواجباته قبل الأصيل كالولـى والواصـى والقيـم والحـارث القضائـي .

❀ حكم القانون فى تعاقد الشخص مع نفسه :-

تعاقد الشخص مع نفسه : هو التعاقد الذى يجمع فية الشخص صفتين - أصيـلا عـن نفسه ونائباً عـن غـيره - أو نائبـاً عـن شخصـين مختلفـين . (١)

مثل ما لو وكلـه شخص فى بيع عقار فيشتريه الوكيل لنفسه بنفسه أو كل شخص فى بيع قطعـة ارض معينـه ثم وكلـه أخر فى شرائها متعاقـد مـع نفسـه بنفسـه بصفتـه نائباً عـن طرفي العقد . فهل هـذا أمـر جـائز شـرعـاً وقانـوناً أم لا ؟؟؟ .

القاعدة العامـة فى الشريعـة(٢) ، والقانـون (٣)، هـو تحريم تعاقـد

---

(١) د/ شمس الدين الوكيل صـ ٤٦٦ .

(٢) المغنى لابن قدامه جـ ٥ ص١٠٧ .

(٣) تنص المادة ١٠٨ على أنه (لا يجوز لشخص ان يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص لخر دون ترخيص من الأصيل .

الشخص مع نفسه (١) ، باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص أخر . وذلك لأن هناك تعارضا بين مصالح طرفي العقد ممن تولى التعاقد مع نفسه نائبا عن غيره أن يفسر بمصالح الأصيل. (٢)

فحكمة التحريم أن النائب يستأثر بالتوفيق بين مصالح متعارضه وهو أمر قد يهدر مصلحة الأصيل لمصالح النائب أو مصلحة أحد الأصلاء لصالح الأخر . (٣)

لكن يستثنى من القاعدة العامة انه يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه في الحالات الآتية:

أ ـ حالة الإذن السابق من الأصيل او الاجازه اللاحقة لأنها كأذن السابق (٤) ولا كان العقد غير نافذ في حق الأصيل .
ب ـ حالة ما لو نص المشرع على جواز تعاقد الشخص مع نفسه. (٥)
جـ ـ إذا رخص القضاء للنائب بذلك .
د ـ إذا كان العرف التجاري يقضي بجواز تعاقد النائب مع نفسه. مثل العرف التجارى الذى جرى على أن للوكيل بالعمولة أن يباشر عقد البيع مع نفسه نائبا عن أحد طرفيه أو عن طرفي العقد.
وإذا تعاقد الشخص مع نفسه في غير الحالات السابقة كان متجاوزا حدود نيابته فينعقد تصرفه صحيحا موقوفا على إجازة الأصيل فان إجازة نفذ العقد وإلا يكون باطلا.

---

(١) بعكس القانون الفرنسى والسويسرى والمصرى القديم حيث كانت تنص على إباحته ـ د/ شمس الدين الوكيل صـ ٤٦٧

(٢) د. عبد الناصر العطار صـ ١٠٩ .

(٣) د. شمس الدين صـ٤٦٨.

(٤) م١٠٩ مدنى مصرى وليس سورى

(٥) م ١٤ من قانون الولاية على المال تنص على أن (للأب أ، يتعاقد مع نفسه باسم القصر سواء أكان ذلك لحسابه أم لحساب شخص أخر

المبحث الثاني

محل العقد « الالتزام »

• تعريف المحل :-

يرى البعض بأن المحل هو الشيء أو العمل المعقود عليه (١) فعقد البيع مثلاً يتم التعاقد فيه على البيع مقابل عوض هو الثمن وفى هذا العقد يكون الشيء المبيع هو محل العقد ويكون الثمن عوضاً عن البيع .

وأيضا فى عقد المقاولة يتم التعاقد على أن يصنع المقاول شيئا أو أن يؤدى عملاً مقابل أجر لإنسان أخر ، ففى هذا العقد يكون الشيء المصنوع أو العمل الذى تعهد به المقاول هو محل المقاولة ويكون الأجر نظير عوض ذلك الشيء أو العمل .

ويرى أستاذنا الدكتور مختار القاضى (٢) بأن محل العقد هو التزام الناشئ عنه ، ومحل الالتزام الناشئ عنه أما أن يكون عملا أو امتناعا عن عمل إذن فالمحل هو موضوع الالتزام الناشئ عن العقد .(٣)

---

(١) د / عبد الناصر العطار صـ١١٢

(٢) - أصول الالتزامات : صـ٨

(٣) د / إسماعيل غانم صـ٢٣٦ قرب من ذلك حيث يري بأن محل العقد يتحدد بمحل الالتزامات الرئيسية فيه .

ويرى آخرون (١) . بأنه ينبغي التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام . فللعقد محل ولكل التزام من الالتزامات الناشئة عن العقد محل . ومحل العقد هو الالتزامات التى تتولد عن العقد وتنشأ فى ذمة كل من المتعاقدين . وهى إما أن تكون بعمل أو بامتناع عن عمل أو بنقل حق عيني . أما محل الالتزام فهو الأداء الذى يجب على المدين لصالح الدائن . وهذا المحل إما أن يكون عملا كتسليم الشيء المبيع أو دفع مبلغ من النقود كثمن أو إقامة بناء أو رسم صورة وإما أن يكون امتناع عن عمل كعدم منافسة بائع المتجر للمشترى بفتح محل مشابه فى نفس المكان . وإما أن يكون نقل حق عينى كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى .

و الذي أراه أنه لا داعي للتفرقة بين محل العقد ومحل الالتزام .

---

(١) د / عبد الحي حجازي ج ١ صـ ٩٦ وبعدها . د / عبد المنعم الصده صـ ٢٣٠ وبعدها - د / محمد حسني عباس صـ ٤٩ وبعدها . د / عبد الرازق حسن فرج نظرية العقد صـ ٤٧ .

(٢) وقرب د / السنهوري حيث يري أن المحل هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به والمدين يلتزم بنقل حق عيني أو بعمل أو بالامتناع عن عمل صـ١٤٦ وفي الوجيز د/ عبد الفتاح عبد الباقي : يري كسابقه بأن المحل ركن في الالتزام لا في العقد . وان ما يعتبر محلا مباشرا للالتزام يعتبر في نفس الوقت محلا غير مباشر للعقد الذي يولد هذا الالتزام. فمحل العقد يتعدد بتعدد الالتزامات التي تصدر عنه صـ٢١٧ ونفس المعني د / سليمان مرقس صـ ١٢٠

لأنهما رغم التفرقة السابقة فأنهما يلتقيان فى النهاية فان ما يشترط فى محل الالتزام التعاقدي يشترط فى محل الالتزام بصفة عامة

وهذه الشروط هي :

شروط محل الالتزام :

١- أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود .

٢- أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين .

٣- أن يكون المحل ممكنا من الناحية القانونية أى مشروعا .

واليكم بيان هذه الشروط :

أولاً : وجود المحل أو قابليته للوجود :-

الأصل فى العقود أنها لا تصح إلا إذا كان محلها موجوداً فالتعاقد على المعدوم يكون باطلاً . ولذلك يجب أن يكون المحل موجوداً أو ممكن الوجود وقت نشوء الالتزام فلو تعاقد شخص على شيء موجود فعلاً أو على بيع شيء يقوم بشرائه فأن العقد صحيح لأنه موجود أو ممكن وجوده .

ويختلف الأمر بالنسبة لكل التزام ، فالالتزام بالعمل إذا كان العمل مجرداً كالغناء والتمثيل يكون المحل فيه كله مستقبلاً وأيضا الامتناع عن الغناء والتمثيل ، بخلاف ما لو تعلق العمل أو الامتناع عنه بشيء من الأشياء المثلية أو الذاتية فإن هذا الشيء قد يكون موجوداً فعلاً رغم أن التسليم يكون فى المستقبل كالذي يبيع عينا موجودة ويلتزم البائع لتسليمها للمشترى والتسليم لا يكون إلا مستقبلاً .

وقد يكون الشيء نفسه غير موجود ولكنه قابل للوجود فى المستقبل مثل بيع حديقة لم تثمر بعد (١) . وبيع فيلا لم يتم بناؤها .

أو الشقة للتمليك قابله للوجود فهل يجوز ذلك فى الشريعة والقانون المدني المصرى أم لا ؟؟ .

---

(١) د. مختار القاضى صـ ٨٥

▪ التعامـــل فـــى الأشـــياء المستقبلـــة :

أولاً : موقف القانون فى المحل المستقبل :-

إن التعامل فى الأشياء المستقبلية أمر جائز قانونا وفقا للمادة ١٣١ مدنى التى تنص على أنــه (يجــوز أن يكــون محل الالتزام شيئاً مستقبــلاً) وعلى هذا فالقاعدة العامة فى القانون المدنى المصرى هى جواز التعامل فى الأشياء المستقبلة .

▪ الأمثلـــــة : (١)

أ- بيع المحصولات المستقبلة قبل أن تنبت بسعر الو حـــدة أو بثمن مقـــدر جزافا .

ب- بيع منزل لم يبدأ بناؤه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشترىعند تمام البناء ، فهذا بيع شيء مستقبل محقق الوجود .

جـ - بيع نتاج ما شيه قبل وجوده، فهذا البيع لشيء مستقبل محتمل الوجود (٢)

د - بيع صاحب مصنع مقدارا معينا من مصنوعات قبل أن يبدأ فى صنعــها ، بيع مؤلف مؤلفاته قبل أن يتمها .

---

(١) د / السنهوري الوجيز صـ ١٤٧ في المحل المستقبل

(٢) لان النتاج قد يوجد أولا ـــ وهنا يكون البيع معلقا علي شرط واقف يتحقق بوجود النتاج ، وقد يكون البيع احتماليا

والقانون يجيز التعامل فى هذه الأشياء تشجيعا للتداول ونزولاً عند حكم مقتضيات التطور الاقتصادي (١) - غير أن القانون قد ينص على بطلان التعاقد فى الشيء المستقبل لاعتبارات خاصة ورعاية للمصلحة العامة .

■ واليكم الحالات التى لا يجوز فيها التعامل مستقبلاً :-

أ- التعامل فى تركة مستقبله باطل وفقا للمادة ١٣١ / ٢ مدنى مصرى التي تقول (غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون .) (٢)

والتركة : مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته والتعامل فى أي جزء منها باطل .

ب - رهن الأشياء المستقبلة باطل وفقا للمادة ١٠٢٣ مدنى حتى لا يضار الدائن بتعرضه لعدم وجود الشيء المرهون فى المستقبل ، إذ أن فيها لونا من الضرر .

---

(١) د/ محمد حسني عباس صـ ٥٢ _ ٥٣ .

(٢) والمقصود بالاستثناء هنا الوصية ، لأنها تعامل في تركة إنسان علي قيد الحياة . ومع ذلك فهو جائز . ومن الممكن إخفاؤها لأنها تصرف من جانب الموصي نفسه. د/ مختار القاضي صـ٨٥ انظر المادة ٩١٥ مدني (الوصية)-(قسمة المورث) بخلاف الوارث الذي يبيع ميراثه المستقبل أو بهبة أو بقسمة أو يقايض به أو يقدمه حصة في شركة أو يصالح عليه أو يؤجره فلا يجوز ويكون باطلا لان الوارث قد يعجل بقتل المورث تعجيلا للارث .

جـ - استحالة المحل : وفقا للمادة ١٣٢ مدنى التى تقول (اذا كان محل الالتزام مستحيلاً فى ذاته كان العقد باطلا) وطبقا للقاعدة المشهورة (لا يلزم أحد بعمل المستحيل) فإذا كان محل الالتزام مستحيلاً ترتب بطلان العقد .

• **أنواع الاستحالة :-**

استحالة نسبية ومطلقة وعقلية وقانونية فالاستحالة المطلقة المقصودة هنا . (١) وهى ما يكون فيها محل الالتزام مستحيلاً فى ذاته . (٢) أو يكون فيها العمل أو الامتناع عنه مستحيلاً بالنسبة لجميع الأفراد لا بالنسبة إلى الملتزم وحدة مثل ما لو تعهد شخص بتحويل الحجارة إلى ذهب أو أن يصعد إلى السماء،أو التزام شخص بنقل ملكية شيء معين بذاته وقد هلك قبل التعاقد، أو باع شخص بعد وفاة المورث نصيبه فى التركة ثم يتضح أنه غير وارث .

ففى كل هذه الأمثلة يعتبر العقد باطلاً مطلقا ، لان هذه الاستحالة تمنع من وجود الالتزام إذا كانت سابقه على التعهد به . ولا تمنع من وجود إذا كانت لاحقة ، لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة وإنما ينقضي بنشوئها فتبرأ ذمة المدين مع مسئولية عن التعويض إذا كان هناك تقصير فى جانبه ، وينفسخ العقد بسببها إذا كان ملزوماً للجانبين .

---

(١) د/ السنهوري ص ١٥١ - د/ حسني عباس ص ٥٢

(٢) أي يكون مستحيلا علي الرجل المعتاد في الظروف الخارجية التي يوجب فيها المدين ، فتعذر الاستحالة تقديرا موضوعيا بمعيار الرجل المعتاد لا تقديرا ذاتيا بمعيار شخص المدين

((سليمان مرقس – نظرية العقد ص ١٧٦ مشار اليه المرجع السابق))

• **الاستحالــة النسبيــة .**

ما يكون فيها وجود محل الالتزام مستحيلا بالنسبة للملتزم فحسب . مثل ما لو التزم شخص بعمل فنى لا يستطيع القيام به ، ولكن يوجد شخص أخر متخصص فى العمل يستطيع أن يقوم به ، ففى هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم علي محل صحيح ، واستحالة القيام به استحالة نسبية يكون الملتزم مسئولا عنها ويجوز فسخ العقد التعويض ، بدون تفرقة بين الاستحالة السابقة على وجود الالتزام أو اللاحقة له لأن كلتا الحالتين الالتزام موجود ، غير أن المدين يبرأ من التنفيذ العيني ويكون مسئولا عن التعويض .

• **الاستحالــة العقليــة :-**

كالاستحالة المطلقة مبطلة للعقد كما لو تعهد شخص بأن يثبت أن الجـزء أكـبر من الكــل .

• **الاستحالــة القانونيــة :-**

هي التى ترجع إلى سبب فى القانون ، فالقانون هو الذى يجعل العمل أو الامتناع مستحيلا مع أنه غير مستحيل عادة ولا عقلا ، مثل الطعن بالنقض فى حكم لا يجوز الطعن فيه بالنقض والاستحالة هنا كالاستحالة المطلقة تمنع وجود الالتزام إذا وجدت بعد ذلك مثل تعهد المحامى برفع الاستئناف إذا صدر بعد انتهاء الميعاد فإن هذا لا يوجد التزاما من جانبه . أما لو كان التعهد قبله ولكن المحامى سكت حتى انقضى الأجل فإن الاستئناف يصبح مستحيلا فالالتزام والحالة يوجد أولا ولكن يستحيل تنفيذ عينا لانتهاء الميعاد ، فيسأل المحامى عـن التعـويض .

إذن فالاستحالـــة القانونيـــة تبطـــل العقـــد .

د - هبة الأموال المستقبلة باطلة وفقا للمادة ٤٩٢ مدنـــى التـــى تقـــول (هبـــة الأمـــوال المستقبلـــة باطلـــة) .

ثانياً : موقف الفقه الإسلامي في التعاقد على الأشياء المستقبله :

إن القانون قد خالف الفقه الإسلامي فى هذا الأمر فالأصل فى القانون هو جواز التعامل فى الأشياء المستقبلة واستثناء من الأصل فانه يحرم هذا التعامل ويكون باطلاً فى الأحوال سابقة الذكر .

أما الشريعة الإسلامية فالأصل فيها الحرمة وعدم جواز التعامل على الأشياء المستقبله ، واستثناء من ذلك فإن الفقه الإسلامي يجوز هذا التعامل شريطة أن يكون استيفاء المعقود عليه ممكناً بغير ضرر سواء أكان المحل المعقود عليه شيئا أو عملاً . (١)

وبناء على ذلك فلا يجوز بيع المحصول قبل بدو صلاحه لأنه إذا لم توجد ثمرة المحصول فكيف يستحل البائع الثمن ؟ .
ويصبح غير مقدور الاستيفاء بدون ضرر . فإذا كان التعاقد على الشيء المستقبل مقدور لاستفاء دون ضرر فإن العقد صحيح سواء كان هذا الشيئ المستقبل دينا فى العقد كالسلم والإيجار أو عينا كعقد الاستصناع . (٢)

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزى صـ ٢٥٦ وبعدها – البدائع للكاسانى جـ٤ صـ١٤٧ وبعدها – إعلام الموقعين جـ١ صـ ٣٧٥ وبعدها .
(٢) د/ عبد الناصر العطار صـ ١١٤ .

وجملـة القول أن الفقـه الإسلامي يحرم التعـاقد علـى الأشياء المستقبله ويجعلـها باطلـة مـا عدا بعض العقـود ، فـإن جمـهور الفقـهاء يـرى جوازهـا للضـرورة ولعدم الوقـوع فـى حـرج ومشـقة ولسـهولة التعـامل بيـن النـاس وشيوعها رأفـة ورحمة بهـم (يريد الله بكم اليـسر ولا يريد بكـم العسر) (ما جعل عليكم فى الدين من حرج) كالسلم وهـو بيـع أجل بعاجـل . أو هـو بيع يكون فيه الشيئ المبيع مؤجـلاً والثمن معجـلاً .

والشريعة الإسلامية تحرم التعامل فى التركة المستقبله حتى ولـو برضـا المورث لأن التركة عـادة مجهولـة ولأنـه غير مضمونـة الاستيفاء فقد يمـوت الوارث قبل المورث فالتعاقد عليـها فيـه ضـرر وجهالـة والنبـي صلـى الله عليـه وسلم نهى عن الضرر وهـو الأمـر الـذى لا يعرف - هـل ممكـن حصولـه أم لا ؟ وهذا أمر يؤدى إلى النزاع بين الأطراف والفقه الإسلامي يحتاط المعاملات حتى يقلل من فرص النزاع بين الأفـراد . بينمـا المشـرع الوضعـي لا يـهتم بذلـك لأن التعامل فى الأشياء المستقبله يحتوى على قدر من المجازفـة فـى وجـود الشيئ ذاته كبيع الزرع قبل بدو صلاحه أو فى قدره كبيع الزرع بعد بدو صلاحـه .

والذي أراه أن المجازفة فى وجـود الشيئ ذاته رهان لأن التعامـل سيتـم سواء وجد الشيئ أو لم يوجـد . (١)

وهـذا الرهـان كـان يجب علـى المشرع الوضعي آلا يبيحـه ويسير علـى منهـج الشريعة الإسلامية التى حرمت ذلك فى الأصل ولم تبحه إلا فى نطـاق ضيـق جـدا شريطـة عـدم الضـرر والغـرر وأكـل أمـوال الناس بالباطـل . " لا ضـرر ولا ضـرار فى الإسـلام "

---

(١) المرجع السابق ص١٧ - د/ جمال العاقل ص ١١٣ .

الشرط الثاني - أن يكـــون المحـل معيناً أو قابــلاً للتعــيين :

يجب أن يكون المحل أمرا معينا تعيينا نافيا للجهالـــة أو قابلا للتعيين وإلا كـان العقـد باطلاً . وفقا للمـادة ١٣٣ مدنى التى تقـول : (إذا لم يكـن محل الالـــتزام معينا بذاتــه وحسب أن يكون معينا بنوعه ومقــداره وإلا كــان باطـــلاً .)

ويكفى أن يكون المحل معيناً بنوعــه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع بــه تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقد أن على درجة الشيئ من حيث جودته ولـم يمكن استخلاص ذلك من العرف ، أو من أى طرف أخر ألتزم المدين بـأن يسلم شـــيئا مـــن صنف متوســط .

❀ كيفيـــة تعيين المحـــل :

وفقاً للمادة سابقة الذكر يبحث تعيين المحل الذى يختلف باختلاف الأشياء محل التعاقد . فأما أن تكون الأشياء قيميه أو مثليـــه أو عمـــل .

أ- الأشياء القيميه :- يجب أن يعين الشيئ القيمى (١) ، تعييناً ذاتياً فـالالتزام بنقل ملكيـة منزل معين فانه لابد أن يذكر فـى عقد البيع حدود المنزل بذكر مساحته ورقمه وعدد طبقاته واسم الشـارع والحـى والمدينـة أو القريـة الكائن فيـها العقـار . وبين فـى عقد بيع الأرض حدودهـا ومسـاحاتها واسم الحـوض ورقمه وكيف آلــت إلى البائع عن طريق الشراء أو المـيراث ، وغير ذلـك من الأوصاف التـى تساعد علـى تعيين الشيئ بذاتـه كأوصـاف السيارة وعلامتـها التجارية ونوع الفرس وفصيلتـــه وأوصافـــه .

---

(١) الشيء القيمى - هـــو الذى لا يقوم مقام الأخر فى الوفـــاء أولا يماثلـــه شئ أخـــر كالمنازل والأراضــــي والحدائق والسيارات وغيرهـــا

ب - الأشياء المثلية :- (١) يكون تعيينها بذكر جنسها ونوعها ومقدارها كالتزام البائع بنقل ملكية مائة إردب قمح بلدى فالبيع معين بجنسه (قمح) ونوعه (بلدى) ومقداره (مائة إردب) . وفى هذه الحالة على المدين أن يبقى بالتزامه بنقل ملكية أى مائة إردب من القمح البلدى لأن الشيئ لم يعين لذاته (٢) .

ومثل ، بعتك خمسين قنطارا من القطن الجيزة أو ثلاثين باله من الحرير الطبيعي .

ولكن هل يكفى تعيين المحل بذكر نوعه فقط دون ذكر كميته ؟؟ يكفى ذلك فى حاله ما إذا تضمن العقد عناصر يمكن بها تعيين مقداره مثل ما لو تعاقد شخص مع أخر على أن يشترى منه كمية من الأرز بمبلغ وقدره ٦٠٠ جنيه مصرى بسعر الإردب ٢٠ عشرين جنيه .
فيفهم من هذا التعاقد أن المشترى تعاقد على شراء ٣٠ إردبا من الأرز والعقد يكون صحيحاً فى هذا الحالة رغم عدم ذكر المقدار المتعاقد عليه .

فإذا عين الجنس والنوع والمقدار ولم يتفق المتعاقدان على درجة الجودة ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من ظروف التعاقد تعين على الملتزم بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط ، تطبيقاً لمبدأ وجوب مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقود . (٣)

جـ - العمل:- إذا كان محل العقد عملا معينا فإنه يجب أن يحدد فى العقد نوع العمل الذى ألتزم به المدين ومميزاته والأجرة المتفق عليها نظير هذا العمل ومدته أيضا .

---

(١) الشيء المثلى - ما يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن .
(٢) د/ حسنى عباس صـ ٥١ .
(٣) د/ مختار القاضى صـ ٨٩ .

■ موقف الفقه الإسلامي من تعيين المحل :-

إن الفقـــه الإسلامــي يشترط في تعيين المحـل أن يكـون معلومـا علمـا نافيا للجهالة الفاحشة حتى لا يكون فيه نـزاع ولا خـلاف عند التسليم والتسلم بين أطراف العقد . وتعيين المعقود عليه ـ المبيع والثمن ـ يكون بالإشارة إليه إذا كان حاضراً كقولك بعتـك هـذه الفرس بمائـة جنيهـا مصريـا . أو بالإشـارة إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً فيه وقت العقد كقولك بعتك ما في المنزل من أمتعة وغيرها بثلاث مائة جنيها مصريا ، وقد يكـون المعقـود علية غير معين بذاته وفي هذه الحالـة يجب تعيينـه بوصفـه ومقداره كيلاً أو وزنـا أو تمـدا أو مساحة أو بأي بيان تنتقي به لجهالة الفاحشة فإذا بقي بعد ذلك شئ من الجهالة فإنـــها تزول برؤيــــة المشترى إياهـــــا. (١)

المقارنــــــة بين الشريعــــــة والقانـــون :

أن اشتراط العلم بـالمحل ورؤيـة المشـترى فـى حالـة الجهالـة فـى الفقـه الإسلامي يعتبر بلا شك أدق بكثير من اشتراط القـانون تعييـن المحـل أو قابليتـه للتعيين فقد يكـون المحـل معينـاً أو ممكنـا تعيينـه ولا يكـون معلومـاً ، لأن العلـم يقتضـى الرؤيــة للشــيء المبيـع أو علـى الأقـل تحديـد الصفـات الجوهريــــة للشـــيء المبيـــع . (٢)

• الشرط الثالث : مشروعــيـة المحـــل :

والمراد بمشروعية المحـل عدم مخالفته للنظام العام أو الآداب العامـة فـلا يجوز التعامل فى المخدرات أو بيع أمـلاك الدولـة . أو رهن المـال المستقبل أو الاتفـاق علـى ارتكـاب جريمـة لمخالفتـه للنظـام العـام . ولا يجـوز الاتفـاق علـى معاشرة أمراه بالغة معاشرة غير مشروعه ، ويجب أن يكون المحـل ممـا يجـوز التعامل فيه ، والفقه الإسلامي يشـترط أن يكـون المحـل ممـا يبـاح فيـه التعـامل شرعاً ، فالخمر والخنزير لا يجوز شرعا ويجوز قانوناً .

المقارنــة : مشروعه المحل فى القانون تخالفه فى الفقه الإسلامي فضابط تحقيق المشروعية فى القانون هو النظام العام أو الآداب . والضابـــط فى الشريعــــة قواعد الحل والحرمــة .... قال تعالـــى (أحـل الله البيـــع وحـرم الربـــا) وقال الرسول (صلى اله عليه وسلم) (الحـلال بيـن والحرام بـين .... الخ)

---

(١) الالتزامات في الشريعة - الشيخ أحمد ابراهيم
(٢) د/ جمال العاقل صـ١١٥ ، د/ عبد الناصر العطار صـ ١٢٥

المبحث الثالث

السبب

أن السبب ركن من أركان الالتزام أو العقد ، وله علاقة وثيقة بإرادة المتعاقدين فلا يتصور أن تتحرك الإرادة دون سبب ولهذا تجد المشرع ينص على أن لكل التزام سبب موجود ومشروع وإلا كان باطلاً .

• وللسبب معان ثلاثة : (١)

١- السبب بمعنى المصدر الناشئ للالتزام فعقد البيع يعتبر سببا منشئا لالتزام البائع بتسليم الشيء البيع التزام المشترى بدفع الثمن .
وبهذا المعنى يقال سبب الالتزام العقد ، كما يقال أنه مصدره ومصادر الالتزام تعتبر جميعها أسباب – العقد – الإرادة المنفردة – العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب - والقانون .

٢- السبب الباعث أي الدافع إلى التعاقد ، فالذي يبيع عقاراً قد يكون الدافع إلى وقوعه فى ضائقة مالية أو ليكون شريكاً مع آخرين فى شركة تجارية أو للرغبة فى شراء فيلا كائنة على النيل أو لزواج أولاده .

٣- السبب القصدي أو الغاية المباشرة التي من أجلها تعهد الملتزم. فإذا التزام شخص بالقيام بعمل ما ، فحينما يلتزم يقصد بذلك الغاية وخلاصة القول أن سبب الالتزام كما يعرفه الفقيه أودو هو الإجابة عن هذا السؤال : لماذا إلتزم المدين ؟؟

والإجابة عن هذا التساؤل فيه صعوبة (٢) لأن المدين ربما يقصد الغرض المباشر وهو السبب القريب أو الغاية القريبة أو يقصد السبب الباعث الدافع للتعاقد وهو السبب البعيد أو الغاية البعيدة وقد يقصدهما فى وقت واحد ، مثل عقد البيع فإنه يولد التزامات فيها التزام البائع بتسليم الشيء المبيع وسببه التزام المشترى بدفع الثمن غايته المباشرة أو السبب القريب وقد يكون سبب التزام البائع غايته البعيدة أو السبب البعيد التى يهدف إليها من وراء بيع العقار فى مشروع تجارى أو لأنه يريد شراء قطعة أرض زراعية أو الوفاء بالدين أو أى شئ أخر ، وبعد هذا فما هو المقصود بسبب الالتزام أهو السبب المباشر للالتزام أم السبب الباعث للتعاقد ؟؟

---

(١) د/ مختار القاضى صـ٩٠ - د/ جمال العاقل ص ١١٦ .
(٢) د/ حسنى عباس - العقد ص ٥٧

اختلفـــت وجهـــة النظريتـين فـــى هـــذا الأمـــــر .

فالنظرية التقليدية : قالـت بالســـبب المباشــر بالالـــــــــتزام .
وقالـت النظريـــة الحديثـة : بأن الســبب هـــو الباعـث الدافع إلى التعاقد .

واليكم بيان موقف النظريـة التقليديـة والنظريـة الحديثـة ثـم موقـف القانـون المدنـى المصرى فى السبب كركن فـــى الالـــتزام أو فى التعاقـد ؟؟ ومـوقـــف الفقـــه الإســلامـــي .

أولا : موقف النظرية التقليدية فى السبب :-

يرى أنصار هذه النظرية أن سبب الالتزام هو السبب المباشر من التعاقد . ولا تعتمد هذه النظرية بالسبب الدافع إلى التعاقد (١) لأنه يتغير فى النوع الواحد من العقود خلافاً للسبب المباشر ، السبب القصدي ، الذي لا يتغير فى النـوع الواحد ، ولكن يختلف باختلاف نوع العقـــد .

فإذا كان العقد من العقود التبادلية فأن سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الأخر . وفى العقود العينيـة كـالقرض وهـى التـى لا تتم إلا بالتسليم ، يكـون التسليم هـــو السبب المباشر ، وفى عقود التبرع يكون السبب القصدي نيـــة التـــبرع ... الـــخ .

---

(١) د/ السنهورى الوسيط جـ ـ صـ ٤٧٨ .
د/ حسين النورى – النظرية العامة للالتزام صـ١١٦ مشار إليه
د/ العاقل صـــــ ١١٧ .

وأول من نادى بهذه النظرية . (١) الفقيه الفرنسي (دوما) وقد أخذها عنه الفقيه (بوتييه) ثم قام بتعديلها الأستاذ (كابتان COPTAN) حيث رأى أن يكون سبب التزام أحد الطرفين هو تنفيذ التزام الطرف الأخر لا مجرد الالتزام ، كما رأى بأن السبب فى بعض الهبات وأيضاً فى جميع الوصايا هو الباعث عليها لا غير .

والنظرية التقليدية تستلزم وجود السبب ، فإذا تخلف بطل الالتزام .

• نقد النظرية :-

هاجم الأستاذ بلانيول PLANIAL ومن معه النظرية السابقة هجوما عنيفا يتلخص فى أمرين :-

الأمر الأول :- أنها لا تتفق مع المنطق : لأنه ليس من المنطق أن يقال فى العقود الملزمة للجانبين أن سبب التزام أحد الطرفين هو التزام الطرف الأخر ، فمنطق الأشياء أن سبق السبب وجود المسبب وهنا يوجد الالتزامان فى وقت واحد .
الأمر الثاني : النظرية التقليدية قد عجزت عن بطلان العقود التى يكون السبب الدافع فيها غير مشروع ، لأنها لا تقيم للسبب الباعث وزناً فى التعاقد ما دام الغرض المباشر من التعاقد موجوداً (٢) . وفضلاً عن ذلك فإنها عقيمة غير منتجه عملاً ويمكن الاستغناء عنها .

---

(١) د/ السنهورى ص ٤٦٣ .
د/ مختار القاضى ص ٩١
د/ محمد لبيب شنب ص٢٠٩
د/ جمال العاقل ص١١٧
(٢) د/ جمال العاقل – المرجع السابق

ثانياً : النظرية الحديثة في السبب :-

يرى أنصار هذه النظرية أن العبرة بالسبب الباعث الدافع إلى التعاقد شريطة أن يكون الباعث مشروعا وإلا بطل العقد وهذه النظرية كما يقال وليدة عمل القضاء الفرنسي .. ولكن لماذا لم يقولوا بأنها وليدة الفقه والتشريع الإسلامي الذى يحاسب على النوايا بل على الهم الذى هو أدق من الباعث الدافع إلى التعاقد : الذى لابد أن يكون مشروعا .

يقول الرسول " صلى الله عليه وسلم" ما معناه (من هم بحسنه ولم يفعلها كتبت له حسنه ومن هم بها وفعلها كتبت له عشرة حسنات ، ومن هم بسيئة ولم يفعلها كتبت له حسنه ومن فعلها كتبت له سيئة مثلها) .

وقد قامت النظرية الحديثة على أنقاض النظرية التقليدية ولم يكن القضاء راضياً عنها نظرا لعدم استجابتها للصالح العام .

ثالثا: موقف القانون المدني المصرى من السبب :-

تنص المادة ١٣٦ مدني مصرى على أنه (إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً) ورغم النص على السبب في القانون إلا أنه لم يبين المقصود من السبب المباشر أو الباعث الدافع إلى الالتزام) .

---

(١) د/ السنهورى في الوسيط جـ١ صـ٤٩٢ وفي الوجيز صـ١٧٣
د ـ عبد الناصر العطار صـ١٣٣

غير أن المذكـرةُ الإيضاحية قد تكفلت بإيضاح هـذا الغمـوض فقالـت (يقصد بالسبب معناه الحديث كمـا يتمثلـه القضـاء أن المصرى والفرنسى فـى العصر الحاضر ، فهو بهذه المثابة البـاعث المستحب فـى التصرفـات القانونيـة عامه لا فرق فى ذلك بين التبرعات والمعاوضات .

وأخذ بالنظريـة الحديثـة بعض الفقـهاء المصرين تمشيا مـع المنطـق والضرورات العملية - فكان ذلك قبل صدور القانون المدنى الجديـد (١) . وسلك القضاء المصرى أيضا مسلك القضاء الفرنسى بالأخذ بها ، حيث قضـى ببطـلان العقد ما دام الباعث الدافع إلى التعاقد غـير مشـروع متـى كـان البـاعث مشـتركا بين المتعاقدين أو كان الباعث غير المشروع هو الدافع لأحدهما على التعاقد مع علم المتعاقد الأخر بهذا الباعث فقضى ببطلان عقد التبرع إذا كان البـاعث علـى التبرع أنشأ علاقة غير مشروعه بين رجل وامرأة أو استبقا هذه العلاقة (٢) .

■ شـــروط الســـبب :-

وفقا لنص المادة ١٣٦ مدنـى السـابق ذكرهـا فأنـه يشـترط فـى السـبب ثلاثـــة شـــروط وهـــى :-

١- أن يكـــون موجـــودا : ومعنى ذلك أنه يجب أن يكون لكل التزام سبب وإلا كان باطلا وكذلك الأمر لو وجد وقت إبرام العقد ثم إنعدم بعد ذلك .

٢- أن يكون السبب مشروعا : أى متفقا مـــع النظـــام العـــام والآداب العـــامة وإلا بطل الالتزام .

٣- أن يكون السبب صحيحا : فإن كان غير صحيح لم يقم الالتزام ، وعدم صحة السبب ترجع إلى أحد أمرين : أما أن يكون السبب وهميا أو صـوريا (٣).
مثل السـبب الوهمـــى : التخارج مع شخص على نصيبه فى الميراث فـــإذا به يتضح أنه غير وارث وهنا يكون التزام أحدهمــــا لا مقــابل له مـــع الشخـــص الأخـــر .

---

(١) نظرية العقد - د/ السنهورى ص٥٤٤ ، د/ حسنى عباس صـ ٦١ .

(٢) استئناف ١٣ يونيه ١٩٠٩ م١١،٦ مشار إليه - د/ حسنى صـ٦٢ .

(٣) د/السنهورى فى الوجيز صـ ١٦٧ .

د/ أنور سلطان صـ٢١٢ .

د/ العاقل صـ ١١٩ .

والسبب الصوري - كما لو قام شخص بعقد هبه فى صورة عقد بيع فالمتعاقدان يعلمان السبب الحقيقى وهو عقد البيع ولكنهما أخفياه تحت ستار سبب صورى وهو عقد الهبه .

• إثبـات السـبب : -

تنص المادة ١٣٧ مدنى على أن : (كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن لـه سببا مشروعـا ما لم يقيم دليل علـى ذلك أو يعتبر السـبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل علـى ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السـبب فعلى من يدعى أن لالتزام سببا أخر مشروعـا أن يثبت ما يدعيـه) .

ومـن هـذا النص بأن المشرع يفرق بين حالتين : لإثبـات السـبب :

•الحالـة الأولى :- السبب لم يذكر فى العقد :

وفى هذه الحالة المشرع يفترض أن لـه سببا مشروعا ، وهذه قرينه بسيطة قابله لإثبات العكس ، فإذا أدعى المدين للعقد سببا غير مشروع فعليه أن يثبت ذلك بكافة وسائل الإثبات . وعليه أيضا أن يثبت علـى الدائـن بذلـك أو كان يستطيـع العلـم بـه . (١)

•الحالـة الثانية :- (٢) السبب مذكور فى العقد :

فالمشرع يفترض أن السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقي (٣) وأعتبر ذلك قرينة بسيطة قابله لإثبات عكسها من قبل المدين فلـه أن يثبت أن السبب المذكور سبب صورى أو غير مشروع فإذا استطاع المدين إثبات صورية السبب أو عدم مشروعيته فإن العقد لا يبطل إلا إذا أثبت علم الدائن بذلك بأي وسيلـة من وسائل الإثبـات .

---

(١) د/ السنهورى فى الوجيز صـ ١٨٥ .
(٢) د/ عبد المنعم الصده – النظرية العامة للالتزام صـ ٢٧٣ .
(٣) د/ عبد الحى حجازى جـ١ صـ ١٦٧ والمراد السبب الدافع الى التعاقد .

• التصرف المجـــرد :-

ما يكون مجردا من سببه فليس مـن الضروري أن يتوافر فيـه السبب ، والقانون المصرى لم يأخذ بـه وأعتبره باطـلاً بخلاف القـانون الألمـاني الذى أعتبره صحيحاً ومنتجاً لآثاره رغم عدم وجـود سـببه . (١)

رابعـاً : موقف الفقــه الإســلامي مـن السـبب :

أن لكل عقد شرعي غايـة اقتضتـها حكمـة الشـارع لوصـول النـاس إلـى أغراضهم من معايشهم ووضع لكل عقد مـا يحققـه ذلك علـى ما هـو مبيـن فـى الكـــتب الفقهيـــــــــة .

فعقـد البيع مثلاً الهدف منه نقل ملكية المبيع إلى المشترى فـى مقابلـه الثمن والغرض من عقد الإجارة انتفـاع المستـأجر بـالعين المستأجرة والبـاعث على عقد الزواج هو حب كل من الزوجـــين للأخـــر ..... الــخ .

فـإذا قصـد الناس من عقودهم هذه المعاني التـى رتبـها الشـارع علـى كل عقد واستوفى العقـد كل شروطه المطلوبـة لتحققـه العقد صحيحـاً وترتيـب عليـــــه أثـــاره .

ولكن ما الحكم لو أشتمل العقد على غرض لأحـد العاقدين أو كليـهما وهـو أمـر مخالف للمشرع أو محرم ولكنه لم يعلن عن غرضه وقصده ؟ فـهل يبطـل العقـد من أجـل هـــذا ، أو يحكم بصحتـــه بناء علـــى خلـــوه ظاهـــراً مما يبطلـــه.

اختلف القول فى ذلك على رأيين :

وأساس اختلافهم هو هل العبرة بظواهر الألفـاظ والعقـود وإن ظـهرت المقـاصد والنيـات بخلافـها ، أم العبرة بالمقـاصد والنيـات بحيـث يجـب الالتفـات إليـــها ومراعاتـــــها فـــى تحـــديد الأســـباب . (٢)

---

(١) د/ مختار القاضى صـ ١٠٣ .

(٢) أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية جـ٣ صـ٩٦ وبعدها .

فذهب جمهور الفقهاء ، فى أنه يكتفي بالظاهر فيحكم بصحة العقد اخذا بظاهر اللفظ والعقد . (١)
ومنهم من رأى أن العقد باطل لانطوانه على أمر محرم شرعا وخصوصا ان قامت على ذلك شواهد وقرائن لا يستطاع ردها بل يكون محاولة ردها عنادا أو مكابرة . (٢) مثل بيع العنب لمن يعلم أن عادته (المشترى) جرت بعصره خمرا ففى هذه الحالة يكون البيع باطلا .
لأن جريان عادة المشترى على عصر العنب خمرا يدل على أنه أشترى العنب ليعصره خمرا فالقصد والباعث على التعاقد مخالف للشرع وحرام ، فيبطل التعاقد سدا للذرائع (٣) ومثل شخص أراد أن يقترض من أخر ألف جنيه على أن يرده له بعد أجل محدد ألفا ومائتين لكن الرجلين يتورعان عن صورة الربا فقط فيتفقان على أن يبيع الأول للثاني شيئا بملغ ألف ومائتي جنيه مؤجله إلى مدة كذا ، وبعد أن تتم الصفقة يشترى الأول من الثانى ذلك الشيء بعينه بملغ ألف جنيه ويقبضه إياه فى الحال تحقيقا لغرضها ، والمحققوق من الفقهاء قالوا ببطلانه لأنه يحتوى على ربا مستقر تحت صورة عقد بيع . (٤)

وجملة القول فيما سبق أن الأصل أن تحمل العقود على أسبابها الشرعية الظاهرة التى يظهر أنها عرض المتعاقدين حتى إذا قام دليل أو قرينه على أن حقيقة الأمر غير ظاهرة وجب التمسك بالحقيقة والأمر فى هذا موكول إلى القضاء وقد يكون الأمر واضحا بينا جدا لا مجال للتأويل فيه وقد يكون قريبا وقد يصعب ذلك حسب الأحوال .

فالنية فى الشريعة الإسلامية لها أثرها فى العقد إذا ذكرت فيه صراحة أو ضمنا كما لو كان محل العقد دالا عليها دلالة مؤكدة . أما إذا لم تذكر النية فى العقد فإنه يبطل إذا كان محل العقد يحتمل معه وجود نية غير مشروعه طالما كان كل من المتعاقدين على علم بالأحوال التى تستخلص منها النية . (٥)

---

(١) الأم للشافعي جـ٣ صـ٦٥ ، مختصر الطحاوى صـ ٢٨ .
(٢) الالتزامات الشرعية ـ أحمد إبراهيم صـ٩٨ .
(٣) د/ عبد الناصر العطار صـ١٣٩ ، ومثل المقترض الذى يقدم هدية للمقرض قبل سداد القرض ، تكون هبته باطلة ولا يجوز قبولها .
(٤) أحمد ابراهيم صـ٩٩ وبعدها .
(٥) عبد الناصر العطار صـ١٤١ .

الفصل الثانى
فى
صحـــة التعاقـــــد

لا يكفى أن تتوافر أركـان العقد السابقة ، وهـى الرضا والمحل والسبب ولكن فضلا عن ذلك فإنه يلزم حتـى يكون العقد صحيحاً ومنتجا لآثاره وغير قابل للإبطال أن يكون التراضى صادراً من شخصين ذى أهليـة وأن يكون رضـا كل مــن الأطـــراف سليمـــا أى خاليـــا مـــن العيـوب التـــى تشوبـــه وهـــى - الغلـــط - والتدليـــس - والإكــــراه - والاستغــــلال .

أمـا الكـلام علـى الأهليـــة وأنواعـــها ومـــدى تأثرهـــا بالسـن وعوارضـــها وموانعها ..... الخ ، فقد سبقت دراسته فى نظريـــة الحـــق (١) فـــلا داعـــي لإعادتــــــه مـــــرة أخـــــرى .

■ ولكن الذى نبينه هنا عيوب الإرادة فى عـدة مباحــــث :

المبحث الأول : الغلــــط :-

تعريفــه : الغـلط وهـم يقـوم بذهن الشـخص فيصـور لـه الأمـر علـى غير حقيقتة (٢) فـإن كـان موجـــوداً تصـــوره غير موجـود أو العكـس . وإن كـان صحيحاً تصوره باطـــلاً أو العكس وهكـــــذا .

فالغلط عبارة عن تصـور شـيء كـاذب للواقـع يدفـع الشـخص إلـى إبـرام تصرف قانونى ما كان يبرمه لو إتضحــت له حقيقـــة الأمـــر .

---

(١) نظرية الحق - د / لاشين محمد الغاياتى صـ ٧٩ وبعدها
وكتب المدخل للعلوم القانونية لأساتذة القانون .

(٢) د/ سليمان مرقس صـ ١٧٥

• أنـــواع الغلـــط :-

إن النظرية التقليدية تميز بين أنواع ثلاث مـن الغلـــط :

١- الغلط المانع من التعاقد : هـــذا الذى يعـدم الرضا كلية فيمنع من انعقاد العقـد أو يجعله باطـلاً بطلانا مطلقـا ، فلا يعد عيبا من عيوب الإرادة ، وصـور هـذا الغلـط أربعـة : وهـى :- (١)

أ- غلط يقع فى ماهية العقد مثل الشخص الذى يودع شيئاً طرف أخـر فيعتقد هذا بأنه هبه ، فالغلط هنا يمنع انعقاد العقد لعدم مطابقة القبول الإيجـاب .

ب - غلط فى محـل العقد مثل الغلط فى طابق البناء موضـوع الإيجار كما لو أجر شخص شقة فى الدور الخامس فاعتقد المستأجـر بأنـها فـى الدور الثانى ، أو باع إحدى سيارتين من صنفين مختلفين فاعتقد المشترى أنهـا الأخرى ، فهـذا مانع لعـدم توافق الأرادتـين .

جـ - غلط فى وجود المحل كمن اشترى شيئاً على أنـه موجـود ثم تبين أنه قد هلك قبل شرائه ، فالغلط مانع لعدم وجود المحل .

د - غلط فى وجود السبب : مثل ما لو أتفق الورثة مع الموصى له على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتضح أن الوصية باطلة - فالغلط أيضا مانع لعـدم وجـود السبب .

٢- غلط لا يؤثر فى صحـة العقـد :-

وهــو الغلط فى صفة غير جوهريـة فـى محل العقد أو فـى شـخصية التعاقد ولم تكن محل اعتبار فى التعـاقد والغلط أيضـا فـى القيمـة وفـى البـاعث المادي وفقـا للنظريـة التقليديـة .

---

(١) د/ السنهورى صـ١١٠ _ د/ سليمان مرقس ص١٧٦ .
د/ عبد الناصر صـ ١٤٣ .
د/ عبد الناصر صـ١٤٤ .

اما النظرية الحديثة للغلط (فتنادى بـان يعتبر الغلط مؤثرا فى الرضا إذا كانّ جوهريا فى نظر المتعاقد الذى وقع فى الغلط لأن الغلط وهم لا يكتمل معه رضا هذا المتعاقد فيجب الوقوف عند أرادته لمعرفة ما اثر فيها . ويستوى أن يقع التعاقد فى غلط جوهري فـى صفة للمحل أو فى شخصية المتعاقد أو فى القيمة أو فى الباعث ، فطالمــا كان ذلك جوهـرياً بمعنى أن المتعاقـد كـان يمتنع عـن
التعاقد لو لم يقع فى هـذا الغلط فإن رضـاه لا يكون مكتملاً ، فـالغلط الدافـع هـو المؤثر فى الرضـا .)

٣- الغلط المعيب للرضـا :

وهو المؤثر فيه والمترتب عليه إبطال العقد نسـبياً لمصلحـة مـن وقـع فـى الغلط ، وهـو الذى يهمنـا فى هـذا المجـال .

• وهـو يتنـوع إلـى عـدة أنـواع :

أ- الغلـط فى صفـه جوهريـة فى محل العقد - مثل ما لـو أشترى شيئاً علـى أنه من الذهب ثم اتضح أنه من النحاس ، فالعقـد قابل للإبطـال .

ب - الغلط فى شخص المتعاقد أو فى صفة من صفاته مثل ما لو وقع الغلط فى شخص الشريك فى عقد الشركـة ، أو الوكيل فى عقـد الوكالـة فالعقد فى كلتـا الحالتين قابل للإبطال لأن شخصية المتعاقد محل اعتبار لدى المتعاقد الآخر فهي الدافع الرئيسي للتعاقد . ومثل ما لو وهب إنسان عقاراً لآخر على أنـه قريب له ثم اتضح بأنه أجنبي ، فعقـد الهبـة قابل للإبطـال .

جـ- الغلط فى الوقائـع : وهـو الخطأ فى تقدير واقعـة معينـة مثل ما لـو بـاع عقارا كان مملوكاً له معتقـدا انه لا زال فى ملكـة علماً بأنـه قد تصرف فيـه قبـل ذلك .

د - الغلـط فى القانـون : وهـو فهـم مسألة قانونية فهما خاطئا مثل ما لو باع الوصى مال القاصـر بدون أذن من المحكمة معتقداً أن البيع صحيح بدون إذن منهـا . بشـرط أن يكـون الغلـط جـوهـريا وليـس محـل خـلاف بين الفقـه والقضـاء .

هـ- الغلـط فى القيمـة : يترتب عليه إبطال العقد شريطة أن يكـون هـو الدافع الرئيسي لإبرام العقد أى جوهرياً ولا يكون كذلك إلا إذا كان هناك فرق كبير بين القيمتين أى فيـه غبن فاحش فى الثمن المتعاقد عليـه .

و- الغلط الباعث على التعاقد:

إن الباعث الدافع على التعاقد قد يرتفع إلى مرتبة السبب وفقاً للنظرية الحديثة للسبب - إذا كان غير مشروع ولهذا يبطل العقد بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعيته سببه .

أما إذا كان الباعث مشروعاً يتميز عن السبب ويبقى كامناً وراءه فإذا تبين أن المتعاقد كان مدفوعاً إلى التعاقد بباعث مغلوط ، مثل ما لو وهب شخص حال مرضه عقاراً لوارث وكان الباعث الدافع لهذا التصرف اعتقاده أنه فى مرض الموت . ولكن الله أتم شفاءه وأصبح فى حالة جيده . فإن هذا الغلط الباعث يكفي - وفقاً للنظرية الحديثة فى الغلط لجعل العقد قابلاً للإبطال خلافاً للنظرية التقليدية فإنه لا يكفى .

■ **<u>شروط الغلط في القانون المدني المصري</u> :-**

أخذ المشرع المصرى بالنظرية الحديثة للغلط فاعتمد على المعيار الشخصي وهو أن يكون الغلط بلغ حداً من الجسامة بحيث صار هو الدافع إلى التعاقد. ثم وازن بين مصلحة من وقع فى غلط ومصلحة المتعاقد الآخر ، ولم يبح إبطال العقد إلا فى الحالات التى كان يستطيع فيها المتعاقد الأخر أن يتبين وقوع الأول فى الغلط .

ولذلك نص القانون المدنى فى المادة ١٣٠ على أنه (إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد ، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه).

- **ومن هذه المادة نستنبط شروط الغلط المعيب للإرادة وهى :-**

١- أن يكون الغلط جوهرياً بأن يبلغ حداً من الجسامة بحيث لو تبينه المتعاقد الذي وقع فيه لما أتم العقد .

٢- يجب أن يكون الغلط هو الذى حمل المتعاقد على إبرام العقد كالغلط فى شخص التعاقد أو فى صفته إذا كان فى محل اعتبار مثل الذى يتعاقد مع مقاول فيتضح أنه لا يعرف شيئاً فى البناء أو مع مهندس فيتضح أنه محامى أو مع طبيب فيتضح أنه مهندس ، أو من يهب ما لا لزيد فيتضح أنه عمرو .

وايضا الغلط فى صفه جوهرية للشيء ، محل العقد كمن يشترى شينا على أنه من الذهب فإذا به من النحاس .

ولذلك بينت المادة ١٢١ مدني معيار الغلط المفسر للرضا حيث قالت (يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط) .

٣- أن يكون الغلط مشتركاً بمعنى أن يكون كل من المتعاقد بن قد وقع فى ذات الغلط مثل ما لو أشترى شخص خاتماً من نحاس معتقداً أنه من الذهب ، والبائع أيضاً يعتقد أنه من الذهب ، ففى هذه الحالة نجد البائع والمشترى وفقاً فى غلط مشترك ، وبهذا يكون من حق المشترى أن يطلب أبطال العقد

٤- أن يعلم المتعاقد الذى لم يقع فى غلط بالغلط الذى وقع فيه المتعاقد معه أو يكون من السهل عليه أن يتبين وقوع هذا المتعاقد فى الغلط ، مثل ما لو قام شخص بشراء خاتم للخطبة فعرض عليه خاتماً من النحاس بثمن مقارب للذهب ، فأخذه المشترى معتقداً أنه من الذهب ثم اتضح له الأمر فمن حقه أن يطلب أبطال العقد ولو كان البائع لا يعلم باعتقاد المشترى أنه من الذهب ، لأنه كان من السهل عليه أن يتبين من ظروف العقد (الغرض من الشراء وثمن الشراء) أن المشترى كان يعتقد أن الخاتم من ذهب . (١)

• إثبات الغلط وأثره :-

يقع عبء إثبات الغلط على الشخص الذى يدعى أنه وقع فى غلط وحينئذ يتعين عليه إثبات وجود الغلط الذى وقع فيه والشروط المتطلبة قانوناً ، ويجوز إثبات ذلك مستعيناً بجميع وسائل الإثبات بما فيها البينه والقرائن أيا كانت قيمة العقد لأن الواجب إثباته ما هو إلا مجموعة من الوقائع المادية.

---

(١) د. محمد لبيب شنب صـ ١٥٥ .

• **أثـــــاره :-**

إذا توافرت الشروط السابقة بأن كان الغلط مشتركا بين طرفـي العقد وكـان جوهرياً ودافعاً للتعاقد فإن العقد يكون قـابلاً للإبطـال ، علـى أن يراعى حسـن النية عند التمسك ببطلان التعاقد من أجل الغلط علـى هذا لا يجـوز لمـن يتمسـك بالبطلان أن يكون متعسفاً فـى استعمال الحق فـى الإبطـال فلـو أظـهر المتعـاقد الآخر استعداده لتنفيذ العقد على الصفة التـى كـان يقصدهـا أثنـاء التعـاقد ، فـلا يجوز لمن وقع فى الغلط التمسك بأبطال العقد مراعاة لحسن النية .

وفقـــا للمــــادة ١٢٤ مدنى التى تنــص على أنــــه :

(١- ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى بـه حسن النية .

٢- ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هــذا العقــد .)

أما الغلط غير الجوهــري كما هو فى لون الشيء محل التعاقد صفة غير جوهرية أو الغلط فى شخصه الذى لم يكن محل اعتبار ، والغلط المادى كالأرقام الحسابية نتيجة زلة قلم أو الغلط فى سعر الفائدة أو فى عقود التأمين بشـرط إلا يؤثر فى طبيعة العقد كـالإدلاء ببيانـات خاطئـة (١) فكل هذا لا يؤثـر فـى صحـة التعاقـــد فالعقد صحيح ولا يجـــوز إبطالـــــه .

---

(١) د. سليمان مرقس صـ ١٨٥ .
د. عبد الحى حجازى صـ٢٦٢ وبعدها .
د. مختـــار القـاضى صـ ٢٨ وبعدهـــا .
د. محمد حسنى عباس صـ٧٤ وبعدها .
د. جمـــال العاقـــل صـــــــــ ٩٣ .

المبحث الثانى :- التدليس :-

التدليس : هو استعمال طرق إحتيالية بقصد تضليل المتعاقد لحملة على التعاقد .

فالتدليس من أحد المتعاقدين ومن غيره ينتهى إلى إيقاع المتعاقد الآخر فى غلط يدفعه إلى التعاقد . (١)

والتدليس فى الواقع قريب من الغلط ، لأن الغلط أما أن يكون تلقائيا ينزلق إليه الشخص من تلقاء نفسه ، وأما أن يكون ناشئا عن تدليس أستعمله الغير عند التعاقد ، وفى كلتا الحالتين يكون الغلط هو عيب فى الإرادة ، يجعل
العقد قابلاً للإبطال .

- **شروط التدليس :**

يشترط فى التدليس أربعة شروط :

١- استعمال وسائل احتيالية .
٢- أن يكون الغرض من استعمالها تحقيق غرض غير مشروع .
٣- أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد .
٤- أن يكون صادرا من التعاقد الآخر أو عالما به حقيقة أو فرضا وإليكم بيان هذه الشروط :-

الشرط الأول :- استعمال طرق إحتيالية :-

تنص المادة ١٢٥ / ١ ، ٢ مدنى أن (يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد ، ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة) .

---

(١) د. مختار القاضى صـ ٣٩

ومن هذا النص يتضح بأن الطرق الإحتيالية هى وسائل مادية تتخذ لتضليل المتعـــــاقد ، وتتكـــــون مـــــن عنصريـــــــن .

أ- العنصر المادى (الطرق الإحتياليـــة)
ب- العنصر المعنوي أو النفسي (وهو نية الخداع أو التدليس) .

- العنصر المادى (الحيل) وهى الطرق و الأساليب التى تؤدى إلى تضليل ونشؤ الاعتقادات المخالفة للحقيقة .

وهذا العنصر ليس قاصراً على مجرد الكذب بل لابد مـن تدعيمـه بأعمـال ماديـة كافية لتضليل المتعاقد . وأهـــم هـذه الأعمـــال هى :-

١- تقديم أوراق غير صحيحة ونسبتها إلى جهات أو أشخاص كعقود مكتوبـــة أو خطابات أو برقـــيات ..... إلـــخ .
٢- الاستعانة بأشخاص آخرين لتأييد الادعاءات الكاذبـــــة .
٣- الظهور بمظهر الثراء والجاه لكى يضلل المتعاقد الأخر ويخدعه.

فالأصل أن الكذب المجرد لا يعتبر تدليساً كالتـاجر الـذى يكـذب بقصد الترويج للبضاعة كما إذا بالغ فى مزايا بضاعته وبأنها من أجـود الأصنـاف فـى السوق أو أن أسـعاره أقل مـن غيرهـا فـهذا الكـذب أمـر مـألوف لا يخفـى علـى الرجل العادى ولا يعيب الرضـــــا .

أما إذا تعلق بواقعة جوهريـة يتوقـف عليـها إبـرام العقـد كمـا لـو أعطـى شخص بيانات كاذبة للحصول على وظيفة . أو إذا ذكر المؤمن علـى حياتـه أنـه مزارع وهو يعمل بحاراً وأنت تعلم الأخطار المحيطة بالبحار . (١)
والأصل أيضـا أن مجـرد الكتمـان (الجـانب السلبى) لا يعتـبر تدليسـا ولكـن المشرع اسـتثناه مـن الأصل نـص علـى أن يكـون السكوت فـى بعـض الحـالات تدليساً حيث نص في المادة ١٢٥ / ٢ على أنــه (يعتـبر تدليسـاً السكوت عمـداً من واقعة أو ملابسة التدليس عليه إذ ثبت أن المدلـس مـا كـان ليبرم العقـد لـو علم بتلك الواقعة وهذه الملابسة.

---

(١) د. محمد حسنى عباس ص ٨٠ ومرقس صـ ١٨٨ .

مثل ما لو باع شخص لآخر سيارة بثمن مرتفع ، وقد أخفى عليه أنها أصيبت فى حادث سابق ، فهذا الإخفاء بلا شك يعتبر تدليساً يجعل العقد قابلاً للأبطال .

والعنصر المعنوى : نية التدليس أو التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع ، فإذا إنعدمت هذه النية فلا تدليس كالتاجر الذى يبالغ فى وصف سلعته بقصد ترغيب العملاء فى الشراء والمودع الذى يستعمل طرقاً إحتيالية لاسترداد وديعة له عند شخص غير أمين . فنية التضليل موجودة ولكن الغرض مشروع .

وتوافر عنصري التدليس والتضليل أو عدم توافرهما هذه مسألة موضوعية تستقل بها محكمة الموضوع ولا رقابة عليها من محكمة النقض . إلا إذا أخذت بأحد العنصرين (التدليس دون نية التضليل) فان حكمها يكون قابلا للطعن فيه بالنقض .

ـ الشرط الثاني : أن يقصد المدلس من استعمال الطرق الاحتيالية تحقيق غرض غير مشروع حتى يكون العقد قابلا للابطال . كالأمثلة السابقة

ـ الشرط الثالث : أن يكون التدليس دافعا الى التعاقد . ومعنى ذلك أن الطرق التى استعملها المدلس تكون هى التى دفعت المدلس عليه للتعاقد وإلا كان العقد صحيحا .

ولكن يجوز له أن يطالب بتعويض إذا اصابة ضرر من جراء ذلك وهذه مسألة تقديرية تخضع لمحكمة الموضوع على أن يلاحظ بان المعيار فى التقدير هو معيار ذاتى يختلف باختلاف الأشخاص فما يصلح للتأثير فى الجاهل لا يصلح للتأثير فى المتعلم .

ـ الشرط الرابع : (أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الأخر أو عالما به حقيقة أو فرضا) .

فإذا كان التدليس قد صدر عن الغير دون علم المتعاقد الأخر به فان العقد يظل صحيحاً احتراماً للقوة الملزمة للتعاقد .

وقـد نصت المادة ١٢١ مدنى علـى ذلك بقولـها (إذا صدر التدليس مـن غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليـة أن يطلـب إبطـال العقد مـا لـم يثبت أن المتعاقد الأخر كان يعلم به وكان من المفروض أن يعلـم بـهذا التدليس) وعلـى المدلس علية أن يثبت ذلك وإلا كان العقد صحيحاً ومنتجا لأثاره . ومن حقـه أن يرجع على الغير كما قلنا بدعوى التعويض بناء على المسئولية التقصيرية .

ومـمـا يجـدر الإشـارة إليـه انـه إذا كـان أحـد التعـاقدين نـاقص الأهليـة واستعمل وسائل احتيالية لاخفـاء نقـص أهليتـه بتقديمـه شـهادة مزورة بقصد إيهام الشخص الذى تعاقد معه انه كامل الأهلية .
فانـه والحالـة هـذه مـن حق نـاقص الأهليـة أن يطلـب إبطـال العقـد (١) رعايـة لمصلحته ، وللمدلس عليه أن يطالب بالتعويض طبقـا للمـادة ١١٩ مدنـى علـى الضرر الذى اصابة بسبب ذلك .

إثبات التدليس : يقع عبء إثبات التدليس علـى عـاتق المدلس عليه فعليـه أن يثبت بكافة طرق الإثبات الوسائل الاحتيالية المستعملة فـى التدليس وإنـها هـى الدافعة الـى التعـاقد . وهذه مسـالة موضوعيـة متروكـة لقـاضى الموضـوع ولا رقابه عليه من محكمة النقض طالما حكمة قائم على أسباب سائغة (٢) .

ـ أثـــار التدليـــس :

إذا ثبت التدليس وتوافرت عناصره المادية والمعنوية واكتملت شـروطه السابقة . فانه يجعل العقد قابلا للإبطال وفضلا عـن ذلك فـان مـن حـق المدلـس عليـة أن يطـالب المدلس بتعويض عـن الضـرر الـذى اصابـة بسـبب ذلـك لان التدليس عمل غير مشروع .

ويـرى بعـض رجـال القـانـون (٣) الاكتفـــاء بأحكـام الغلـط المبطلــــة للعقـد لأنها تتضمن أحكام التدليس فإذا كان الغلط مبطلا فالتدليس أولى و أقوى سببا . وقد تتوافر فى التدليس أركـان جريمـة النصب فيعـاقب مرتكبـه بـالحبس وفقـــا للمـــادة ٣٣٦ عقــوبـات .

---

(١) د. جمال العاقل صـ٩٧ .
(٢) م ق م ٧٣/٣/١٣ ـ ٢٤-٧-٣٦٦ .
(٣) د. عبد الحى حجازى صـ٢٦٨
د. مختار القاضى صـ٤١
د. حسنى عباس صـ٨٣ ـ حيث يقول (فالتدليس إن هو إلا صورة خاصة من صور الغلط يقترن فيها الغلط بحيل وينبنى على ذلك أن المتعاقـــد الذى يكون ضحيـــة غلط نجم عن استعمال وسائل .)

المبحث الثالث

الإكـــــراه

تعريفـــــــه : الإكراه هو ضغط مادي أو أدبي يقـع علـى شـخص فيبعث فـى نفسه رهبة تحمله على التعاقد فيكون سببا فى جعل رضـــــاه غير سليم (١) .
وقيل بأنه رهبة تتولد فى نفس الإنسان نتيجة تـهديده بإيقـاع أذى بـه أو بغيره بدون وجه حق إن لم يبرم عقدا معينا فيحملـــــه ذلك علــــى إبرام العقـد (٢) .
أو هو نوع من الضغط يؤثر فى إرادة المتعاقد فيدفعــه الــى التعاقــد . (٣)
والإكراه فى الفقه الإسلامي : (٤) هو إجبار شخص على أن يعمل عملا بدون حـق .
وهو نوعـــــان :

١- إكــراه ملجـــئ :- وهو ما يكون التهديد فيه بإتلاف نفس أو عضو أو مال يفسد الاختيار ويعدم الرضـــا . (٥)

٢- إكــراه غير ملجئ :- وهو ما يكون بغير ذلك مما يستطيع الإنسان الصــبر عليه عادة مع احتمال المشقة .

وإذا أعدم الإكراه الاختيار كان مبطلا للعقد لتخلف ركـــن الرضــــــا .
أما إذا اقتصر الإكراه على التـأثير فـى الاختيـار دون أن يعدمـه كـان عيبـا فـى الإرادة له أثره على العقد (٦) وفى كلتا الحالتين يستوجب تعويضا عن الضرر الناتج عنه لأنه عمل غير مشروع .

---

(١) د. سليمان مرقس صـ١٩١ (٢) د. لبيب شنب صـ ١٧٠
(٣) د. مختار القاضى صـ٤١
(٤) الالتزامات الشرعية المرحوم . الشيخ أحمد إبراهيم صـ ١٠١
(٥) الرضا ـ هو ارتياح الإنسان للفعل الذى يفعله لرغبة له فيه . والاختيار هو ترجيح فعل الشيء على عدم فعله ـ فإن كان مبنيا بحريته واستقلاله كان صحيحا . وإن كان تحت تأثير من الخارج كان فاسدا
(٦) د. عبد الناصر صـ ١٧٩ .

والإكـــراه إمـــا أن يكـون إكراها ماديا او إكراها معنويا :

• والإكـراه المــادي : ما يستعمل فيــه وسائل ماديــة كالضـرب والحبـس والصعـق بالتـيار الكهـــرباني .

• والإكــراه المعنوى : ما يستعمل فيه وسائل معنوية كالتهديد بالقتل أو إفشاء الأســرار أو التشهـير بالشرف والسمعة أو الفصـل من الحرفة وكلا النوعين يؤدى الى إبطـال التعاقد إذا توافــرت شروط الإكـــراه .

ويرى بعض الفقهاء المحدثين أن التقسيم السـابق للإكراه غير مفيـد لان الذى يحمل المتعاقد على التعاقد ليس هو الضرب الذى وقـع علية فعلا وانما الذى يحمله هو تفادى الضرب المقبل وتكرار الأذى فليس لـهذا التقسيم أهميـة عملية فيجب التقاضي عنـــه .

▪ الإكـــراه والنفـــوذ الأدبـــي : (١)

إن النفوذ الأدبي بلا شك يختلف عـن الإكـراه . فـالنفوذ فـى الأصل لا يبطـل العقد مثل نفوذ الأب على ابنه والزوج على زوجته والأستاذ على تلميذة والسـيد على خادمه . واستثناء من الأصل فقد يصل النفوذ الـى مرتبـة الإكراه ومـن ثـم يجعل العقد قابلا للإبطال . فرب العمل الذى يأمر العامل بالتعاقد على أمـر معين ويظـهر فـى عينـه الشر وفـى لهجتـه التـهديد بـالفصل دون أن يـهدد بـه فعـلا . فالنفوذ فى هذه الحالة كاف وحـــده لإبطال العقد . وهـــذه مسالـــة تقديريـــة متروكـــة لقاضـــى الموضـــــوع .

---

(١) د. مختار القاضى صـ٤٢ .

* عناصر الإكــــراه المفسد للرضـــا :-

إن الإكراه محل البحث هو المعيب للرضا لا المعدم له المبطل للعقد لانعدام الإرادة . والاكراه المفسد للرضـــا لـــه عنصران لابد منهما :

١- عنصـــر مـادى :- وهـو استعمال وسائل للإكـراه مـن شأنهـــا التهديد بخطر جسيم يوجـه الى النفس كالتهديد بالقتل أو الخطف وقد يوجـه الى الشرف كالتهديد بالاغتصاب وهتك العرض وتشويه السمعه أو الى الجسم كالتهـديد بالضـرب والجـرح . أو المـال كالتهـديد بإتــلافـه أو حـرقـه أو إخفائـــه (١) .

٢- عنصـــر معنـوى :- عبــارة عن نشوّ رهبة أو خشية فـى نفـس المهـدد وتدفعـــه الـــى التعاقـــد .

• شـــروط الإكـــراه :-

تنص المــادة ١٢٧ مدنــى علــى أنـــه :-

١- يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبـــة بعثهـــا المتعاقد الأخـــر فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أســاس .

٢- وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظـروف الحـال تصور للطرف الأخـــر الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيرة فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

٣- ويراعى فـى تقدير الإكراه جنس مـن وقـع عليـه هــذا الإكـراه وسنه وحالتـــه الاجتماعيـــة والصحيـــة وكـــل ظـرف أخـر مـــن شأنـــه أن يـوثر فـى جسامـــة الإكــراه)

---

(١) د. لبيب شنب صـ ١٧٢

ومن هذا النص نستنبط بأنه يشترط للإكـــراه عـــدة شـــروط :

١- أن يكون الخطـر المنبعث من الإكراه جسيما يحـدث رهبـــة فـــى نفـــس المتعاقد تدفعه الى التعاقـد ، بخـــلاف مــا لــو كــان تافـــها ولا رهبـــة منه فلا إبطـــال للعقـــــد .

٢- أن تكون الرهبة قائمة على أساس وهى تكون كذلك اذا كانت ظروف الحـال تصور للطرف الأخر أن خطرا محدقـا يهـدده هو أو غـيرة فى النفـس أو الجسم أو الشرف أو المال . والذي يعـول عليه فى هذا الشأن هـو كـــون الإكراه قـــد اثر فعـــلا فى إرادة المتعاقـــد وحملـــه على إتمـام العقـــد . ويجـــب النظـــر الـــى الظروف التى أحاطت بالمكره وجنسه وسنه وثقافته فمــــا يتـــأثر بــــه الجاهــــل قــــد لا يــــؤثر فـــــى العالــــــم .

٣- يجب أن يكون التهديد صادرا من المتعاقد الأخر . فإذا صـــدر من غيرهما فانه يجب أن يعلم به المستفيد أو على الأقـل كان من المفروض حتـما أن يعلم من ظروف الأحـــوال وفقـــا للمـــــادة ١٢٨ مدنـــــى .

٤- يجب أن يكون الإكـــراه بهدف تحقيق غـــرض غير مشــــــــروع .

وهنـــا يمكـــن تصور أربـــع حـــالات : (١)

أ- استعمال وسيلة مشروعة للوصول الى غرض مشروع مثل الزوجـــة التى تقوم بتهديد زوجها برفع دعوى تطليق أن لم ينفق عليـــــــها .

ب- استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول الى غرض مشروع مثل الزوجـــة التى تهـــدد زوجها بالفضيحة وكشف أسراره إذا لم ينفق عليهــــا.

---

(١) د. مختار القاضى صـ ٤٤ .

فيضطر الزوج فى كلتا الحالتين أن يبرم معها عقد صلح على أن يلتزم بدفع نفقة شهرية ولا يبطل العقد حتى ولو كانت الوسيلة غير مشروعة طالما أن الغرض مشروع فمن حق الزوجة أن تصل الى النفقة على أية صورة .

جـ - استعمال وسيلة مشروعة للوصول الى غرض غير مشروع كما لو هدد الدائن مدينة باتخاذ إجراءات قانونية بقصد الحصول على إقرار كتابي بمبلغ يتجاوز حق الدائن لدى المدين .

د - استعمال وسائل غير مشروعة لغرض غير مشروع كالشخص الذى يهدد أخر بالقتل إذا لم يتنازل له عن عقار مملوك له .

فى هاتين الحالتين يبطل العقد بغض النظر عن الوسيلة مادام الغرض غير مشروع .

• <u>اثر الإكراه</u> :

إذا توافرت شروط الإكراه المفسد للرضا فان التعاقد فى هذه الحالة يصبح قابلا للإبطال . وفضلا عن ذلك فانه إذا لحق المكره ضررا من الإكراه يحق له أن يطالب من أكرهه بالتعويض لان الإكراه فى حد ذاته عمل غير مشروع .

■ إثبات الإكراه : يقع عبء ذلك على من يدعى الإكراه وعلية أن يثبت توافر عناصره وشروطه بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن لتعلق الأمر بأفعال مادية .

المبحث الرابع
الاستغلال (الغبن)

• **تعريفه :-**

هو انتهاز أحد طرفى العقد فرصة طيش بين أو هوى جامح لدى الطرف الأخر تمكنه من الحصول على تعاقد فيه غبن بالطرف الأخر .

■ **والغبن نوعان :**

١- **غبن مجرد:-** وهو عدم التوازن بين التزامات المتعاقدين بحيث يكون أحدهما غالبا والأخر مغلوبا أو هو عدم التعادل بين قيمة ما يعطيه المتعاقد وقيمة ما يأخذه مثل ما لو باع شخص عقارا بثمن قدرة ٣٩٠٠ جنيه علما بان ثمنه الحقيقي ٥٠٠٠ فالبائع مغبون فى هذا العقد .

والغبن المجرد لا يعتبر معيبا للرضا ولا يترتب علية إبطال العقد إلا فى حالات خاصة . وفقا للقانون المصرى والفرنسى اذا لابد من بعض التفاوت بين التزامات المتعاقدين .

٢- **غبن بطريق الاستغلال :** وهو ما لا يكفى فيه مجرد اختلال التوازن بين التزامات المتعاقدين بل لابد من توافر عنصر نفساني وهو انتهاز فرصة طيش بين أو هوى جامح لدى الطرف المغبون . وذلك هو الغبن المعيب للرضا ويمكن تصوره فى عقود المعاوضات .

ولكن لا مجال للغبن فى هذه الحالات :

أ- **عقود التبرعات** ، لان هذه العقود تحتوى على غبن خالص بالنسبة لأحد المتعاقدين ومنفعة خالصة بالنسبة للطرف الأخر . حيث يأخذ ولا يعطى مقابل ما أخذه .

ب - عقود الغـــرر" العقود الاحتمالية" كالتامين والرهان وغيرهما فلا يبحث فيها الغبن لأنها قائمة علية . فـلا يبطل بسببـه ولكـن هذه العقـــود باطلـــة وفقـــا للشريعـــة الإسلاميـــة لمـــا فيها من غـــرر . والرسول صلى الله علية وسلم نهى عن الغـــرر .

جـ - الغبن الناتج بعد التعاقد : فإذا طرأت ظـــروف بعـد التعاقـد أدت الى أن التزامات أحد المتعاقدين اصبح أمرا مرهقا . فهـذه الحالـــة لا تدخـل فى نطاق الغبن . وانما تدخل فى نطاق نظريـــة الظـــروف الطارئـــة (١) لان العـــبر فـــى تقـــدير وجـــود الغـــبن هـــى بوقـت إبرام العقـد . ولا عـــبرة فيمـــا يطـــرأ بعـــده (٢) .

شروط الغبن المبطل للتعاقد

إن الغبن المـــؤثر فى التعاقـد يجـب أن تتوافـر فيـــه الشروط الآتية : (٣)

١- أن يكون الغبن جسيما : ومعنى ذلك أن الغـبن اليسير لا يـؤثر علـى التعاقد . بخلاف الغـــبن الفاحش الذى يتحقـق فى حالـــة وجـــود تفاوت كبير بين الالتزامات المتقابلة وبذلك يكون الغبن بينا وجسيما .

والمعيار الذى يقاس به هذا التفاوت أو عدم التـوازن بيـن التزامـات المتعـاقدين معيار شخصى لا مادى . فـالعبرة لا تكـون بقيمـة الشـيء محـل التعـاقد ، وانمـا العبرة بقيمته فى نظـر المتعـاقد إذ كثـيرا مـا تختلـف قيمـة الشـيء فـى السـوق عـــن قيمته فى نظر المتعـاقد وبالمعيـار الشـخصي اخـذ القـانون المصـرى دون المعـــيار الموضوعـــــــى .

---

(١) د مختار القاضى صـ ٤٦ . (٢) د. توفيق فرج صـ٢٧٣ رقم ١٠٨

(٣) د. جمال العاقل ص ١٠٤

٢- أن يكـــون الغبن نتيجة استغلال لطيش بين أو هوى جامـح عنـــد الطرف المغبون .

ومعنى ذلك أن مجرد الغبن غير كاف لإحداث أثره بل يجب أن تتوافر سوء نية الطرف المستغل ، باستغلالـه جهـل الطرف الأخـر وطيشـه البـين وهـواه الجامـح .

والطيش البـين : هو التسرع فى الحكم على الأمـور وقبول التعاقـد دون ترو أو تدبر فى النتائج المترتبة على العقد (١) مثل ما لو عرض إنسان علـى أخـر أن يشاركـه فى مشروع ما على أن يدفع نصف تكاليفه . ولم يوجد معه هذه القيمة مما دفعه إلى بيع سيارته بثمن بخس عـن قيمتها الحقيقية حتـى يقوم بتوفير المبلغ اللازم للمشاركة فى المشروع المعروض علية .

الهوى الجامـح :

هـو الميل الشديد نحو شخص من الأشخاص أو شيء مـن الأشـياء ميلا لا يمكن للإنسـان أن يتحكم فيـه أو هـو الشـهوة الجامحـة التـى تؤثـر فـى إرادة المتعاقد . مثل الزوجة التى تعشق رجلا غير بعلها وحتـى تستطيع الزواج منـه طلبت الطلاق من بعلها . فقال لها لا أطلقك إلا إذا وهبت لى هذا العقار أو بعت لى البستان بثمن قليل جدا عن قيمته الحقيقيـة .

---

(١) د. لبيب شنب صـ ١٨٣ وبعدها وقرب ـ د. توفيق فرج ص ٢٨٧ .

ولا يشترط فى الطيش أو الهوى أن يكون مستمرا أو صفات ملازمة للمتعاقد، بل يكفى أن تكون الصفة موجودة فى المتعاقد وقت إبرام العقد المطعون فيه (١)

٣- قصد استغلال الضعف (٢)

لا يكفى لتحقيق الغبن توافر الطيش أو الهوى لدى الطرف المغبون وانما يجب أن يكون المتعاقد معه قد أراد استغلال هذا الضعف .
أو على علم بالضعف المتوافر لديه (٣) وإلا إذا كان جاهلا لوجود هذا الضعف فلا يتوافر هذا القصد ولا تأثير منه على العقد .

ويكفى لتوافر قصد الاستغلال الرغبة فى الإستفادة منه ضعف المتعاقد المغبون ولو كان المغبون هو الذى سعى لإبرام العقد . فلا يتطلب أن يكون المتعاقد معه هو الذى دفعه أو حثه على التعاقد . بل يكفى الرغبة فى الاستفادة فقط (٤)

• جزاء الاستغلال أو آثاره :-

ينص القانون المدنى فى المادة ١٢٩ مدنى على انه (إذا توافرت شروط الاستغلال جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا التعاقد ويجب أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة ، ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الأخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن .

---

(١) د. توفيق فرج صـ ٢٨٨ وبعدها رقم ١١٤ ، ١١٥ .
(٢) د. لبيب شنب رقم ١٤٢ .
(٣) د. توفيق فرج صـ ٣١٣ وبعدها .
(٤) د. لبيب شنب صـ ١٨٤ .

ومن هذا النص تبين انه اذا توافرت شروط الغبن الاستغلالي فانه يجوز للمغبون أن يطلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته شريطة أن ترفع الدعوى الى المحكمة المختصة فى ظرف سنه من تاريخ العقد وإلا رفضت دعواه .

ويدل النص السابق بان المغبون لو طلب الإبطال أو إنقاص الالتزامات بقدر ما يرفع الغبن . بخلاف ما لو طلب المغبون الإنقاص فقط فانه والحالة هذه يتعين على القاضى أن يحكم بما هو مطلوب فقط ولا يحيد عنه .

ودعوى الإبطال هنا تسقط بعد مضي عام من تاريخ العقد بخلاف دعوى الإبطال فى عيوب الرضا الأخرى فإنها لا تسقط إلا بعد ثلاث سنوات من تاريخ زوال العيب المفسد للرضا .
وعلى من يدعى توافر الغبن الاستغلالي إثبات ما يدعيه . فعبء الإثبات يقع على الطرف المغبون بكافة وسائل الإثبات بما فيها البينة والقرائن . (١)

* تطبيقات للغبن المؤثر في العقود :

يوجد تطبيقات كثيرة للغبن المؤثرة فى التعاقد وقد تدخل المشرع المصرى لرفع الظلم عن المغبون ونذكر بعضها وهى :

أولا : الغبن في بيع عقار ناقص الأهلية :-

"دعوى مظلمة الثمن" ينص القانون المدنى على انه (إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس أن يطلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع .

---

(١) د. إسماعيل غانم رقم ١١٦ .

مؤدى هذا النص ان لو بيع عقار لناقص الأهلية وتضمن غبنا يزيد عن الخمس فمن حق البائع ناقص الأهلية أن يرفع دعوى تكملة الثمن إلى ٥/٤ ثمن مثل قيمة العقار المبيع وقت التعاقـــد .

▪ شـــروط الدعـــوى :-

١- أن يكـــون محـــل العقـــد عقـــارا
٢- أن يكون بائـــع العقار شخصا ناقص الأهليـــة شريطة أن يتم هـذا البيع وفقا للقانون كما لو باعة الوصي بعد استئذان المحكمة . وإلا كـان العقد قابلا للطعن فيـه لنقص أهليتـــه .
٣- أن يزيد الغبن على الخمس وإلا فلا اثر له ولا محـــل للدعـــوى .
٤- أن ترفع الدعـوى خـــلال ثلاث سنوات من تاريخ توافر الأهلية أو مـــن وقـــت وفـــاة ناقص الأهليـــة .
٥- ألا يتـــم بيـــع العقـــار بطـــريق المـــزاد العلنـــى .

• أثـر الدعـــــــوى :-

١- يكمل الثمن الى ٥/٤ ثمـن المثل وقت التعاقد ـ فـــإذا كـــان يســاوى ١٠٠٠ جنيه وبيع بستمائة فإن القاضى يكمل الثمـــن ٨٠٠ جنيـــه لا الـــى ١٠٠٠ جنيـــه

٢- لا يكـــون لهـــا أي اثر على من اكتسب بحسن النيـــة حقـــا عينيا على العقار المبيـــع .

٣- يجـــوز للبائـــع أن يطالب بإبطال العقد إذا استند الى نقص أهليته وفقا للقواعد العامـــة فى الأهلية .

ثانيا : الغـبن فــى الشركــات :-

كشرط الأسد وهـو عدم مشاركة أحد الشركاء فى الأرباح أو الخسارة أو انفراده بالأرباح كلها كان العقد باطـلا لما فيــه من غـبن.

ثالثا : الغبن فى الفوائد الاتفاقية :-

التى تزيد على ٧% فعلى القاضى أن يحكم بإنقاصها الى ٧% رفعـــا للغبن وفقـــا للمـــادة ٢٢٧ مدنـــــى .

رابعا : الغبن فى البيع بالمزاد العلنى

وعقود الإذعان وغيرهما حيث تصدى لها المشرع محاولا رفـــع الغبن بكافة السبل تحقيقا للعدالـــــــة .

الفصل الثالث

جــزاء تخلف ركــن أو شــرط من العقــد

تمهيـــــــد :

إذا تخلف ركن من أركان العقد كالرضا والمحل والسبب أو شـرط مـن الشرائط الواجـب توافـرها فـى هــذه الأركـان كـأن يكـون المحـل موجـودا أو قـابلا للوجـود أو معينـا أو قـابلا للتعييـن . فـان جــــزاء التخلـف لأحد هـــذه الأمــور يجعل العقــد باطـــلا .

أمـــا إذا فقـد العقد شرطا من شروط صحته بأن يكـون معيبـا بعيـب من عيوب الإرادة كـالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال فـان ذلـك يجعـل العقد قابلا للإبطال ، بخلاف ما لو توافـرت جميـع أركـان العقـد وشـروط صحتـه فإنه ينشأ صحيحا ويترتب عليــــه أثاره .

ونظرية البطلان فـى التشـريع المصـرى تقـوم أساسـا علـى التفرقـة بيـن أركـان انعقاد العقد وبين شروط صحته وبناء عليه قسم الفقهاء البطلان الى نوعين :-

• أنــواع البطــلان :-

أ- بطلان مطلـــق :

وهو انعدام كلى للعقد فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير (١) أو هو انعدام آثـار العقد منذ نشأته (٢) فالعقد يصبح كالعدم وتعود الحالة الى مـا كـانت عليـه قبـل التعاقـــد .

ب - بطــلان نسـبي :

هـــو الجـــزاء الذى يلحـق العقد نتيجـــة لتخلف شرط من شروط صحته (٣) .

---

(١) د. لبيب شنب صـــ ٢٢١.
(٢) د. السنهورى جـ١ صـ ٥٣٣ ، د / الصده ص ٢٧٥ .
(٣) د. جمال العاقل ص ١٢٣ .

ونبين أحوال وخصائص كل نوع منهما والإثارة المترتبة عليهما .

أولا : البطلان المطلق

• يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا فى الأحوال الآتيـــة :

أ- إذا تخلف ركـــن مـــن أركان العقـــد أو شـــرط من الشروط التى يجـــب توافـــرها فى الأركـــان .

ب- إذا انعدمت إرادة المتعاقد كالمجنون والمعتوه .

جـ - أو صـــدر التعاقد من شخص فاقد الأهليـــة كالصبى غـــير المميـــز أو صدر من ناقص الأهليـــة كالصبى المميـــز بالنسبة لعقود التبرعات .

د - إذا تقرر البطلان بمقتضى نص فى القانون .

■ خصائص البطـلان المطلـــق :

أ- لا يترتب على العقد الباطل بطلانا مطلقا أي اثر باعتباره عقدا ، ولكـــن قد يترتب علية أثارا باعتباره واقعة مادية يحسب لها المشـــرع حسابـــا مثل زواج الشبهـــــة من المحـــارم وتنتـــج عنـــه أولاد . (١) فتثبت النبـــوة وتجـــب العـــدة لا باعتباره زواجـــا صحيحا وإنما باعتباره واقعـــة ماديـــة .

ب- يقع البطلان المطلق من تلقـاء نفســـه دون صـــدور حكـــم بذلك حـــيث يستطيع كل من المتعاقدين رغم إرادة الطرف الآخر أن يتجاهل العقـــد . فإذا كان عقد البيع باطـــلا فان البائـــع من حقـــه أن يتصرف فى الشيء المبيع مره أخري . إلا إذا حدث نزاع بين الطرفين على البطلان فيرفـــع الأمـــر للمحكمـــــة التى تقضى بتقرير البطـــلان .

---

(١) د/ مختار القاضى ص ١٠٤

جـ - يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب البطـلان ، ومـــن حـق المحكمـــة أن تقضى به دون مطالبة الخصوم بذلك .
ومن هم أصحاب المصلحــــة ؟ هم المتعاقـــدون والدائنون والخلـــف العام كالورثة والخلف الخاص ، فالمشترى الثاني للمبيع بيعــــا أول باطلا لمن له مصلحة فى البطلان وهذه المصلحــــة تعتمد على حــق اكتسبـــه صاحبها سواء قبل العقد الباطل أو بعـــــده .

د - من حق القاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه متى تبين له ذلك لعــــدم الشكلية أو المشروعية دون مطالبة الخصوم بالبطلان .

هـ - لا يجوز التنازل عن البطلان ولا تصححه الإجازة لأنها تكـــون لشيء موجود فعلا . والعقد الباطل فى حكم المنعدم . ولكن يجـــوز إعادتـــه بتوافـــق إرادتين من جـــديد .

و - تسقط دعـوى البطلان بمضي خمســة عشر سنــة من وقت التعاقــد .

❁ كيفيــة تقرير البطــــلان :-

البطلان المطلق فى الأصل يتقرر كما قلنا بحكم القـانون دون حاجـة الـى صدور حكم بذلك لان العقد والحالة هذه كالعدم ومن حق كل ذى مصلحـة أن يمتنع عن تنفيذ العقد الباطل (١) .

أما لو قام أحد الطرفين بتنفيذه فرضا قبل أن يعلم بالبطلان من المحكمة حتى يستطيع أن يسترد ما تم تنفيذه وإعادة الحالة الى ما كانت عليه . (٢)

(١) د. محمد حسنى عباس - نظرية العقد والإرادة المنفردة ص ٢٠١ .
(٢) د. جمال العاقل صـــ ١٢٣ .

■ أثـــار البطـــلان والعقـــد الباطـــل :-

إذا تقـرر بطـلان العقـد مـن تلقـاء نفســـه أو بحكـــم مـن القضـاء فانه يزول كل اثر له فيما بين المتعاقدين وترجع الحالة الى ما كانت علية قبل التعاقد فإذا انتقلت الملكية للمشترى فى عقد البيع فانه يجب أن ترد الى البائع والثمن يرد الى المشترى وفقا لنص المـــادة ١٤٢ مدنـى التـــى تنص على انـــه (فى حالتي إبطال العقـد وبطلانـه يعاد المتعاقدان الى الحالـــة التـى كانت عليها قبل العـقد فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهليتـــه أن يرد غـــير ما عاد عليـــه من منفعـــة بسبب تنفيذ العـقـد .) .

ومن هذا النص يتضح انه يجب إعـادة الحالـــة الـى مـا كـانت عليـــه إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا وهـــذا هـــو الأصل ولكـــن يرد علية عـــدة استثنـــاءات هـــى :

أ- بطلان العقد لعدم مشروعية السبب مثل ما لو أعطى إنسان لفتاة سيئـة السلوك مبلغا من المال بهدف الاتصال بها فانه لا يجوز له أن يسترده وفقا للقاعدة الرومانية والتي اخذ بها القضاء المصرى أن الذى يدفـع شيئا لسبب ملوث ويشترك فى هذا السبب لا يجوز له استرداد ما دفع . ولكن هذا أمر مخالف للشريعة الإسلامية التى توجب رده ما اخذ فـــى هذه الحالات وبهذا اخذ القانون المدنى الحديث فى مادته ٧٣٩ التـــى تبيح لمن خسر فى مقامرة ان يسترد ما خسر خـــلال ثلاث سنـــوات مـــن الوقت الذى أدى فيه ما خسر ويجب أن يقاس على هـــذا عملا بمبـــدأ الشريعـــة الإسلاميـــــة .

ب - ناقص الأهليـة لا يلتزم برد شيء إلا بقدر ما عاد علية من منفعـــة بسبب تنفيذ العقـــد . فى حالة ما لو تقرر بطلان العقد لنقص أهليـــة المتعاقد . مثل ما لو باع ناقص الأهلية عقارا بأربعة آلاف جنيـة ثـــم اشترى قطعة ارض زراعية ٢٠٠٠ جنية ثم انفق الباقي على الخمـــر ولعب الميسر والهدايا . فلا يلتزم إلا برد ٢٠٠٠ جنية وهـــو القـــدر الذى عاد علية بالمنفعة .

ولا يلتـــزم بالتعويض إلا إذا لجـأ الى طرق احتيالية لكي يخفى نقص أهليتـــه . وفقا لنص المـــادة ١١٩ مدنى .

جـ - استحالة رجـــوع الحالة الى ما كانت عليه قبل بطلان العقد . وذلك فى حالة ما لو هلك الشيء موضوع التعاقد الباطـــل واكتسبـــه الغـــير بالتقادم . ففي هذه الحالة القاضى يحكم بتعويض عادل لصالـــح من تقـــرر البطـــلان لمصلحتـــه .

■ ما هي الآثار العرضية التي تترتب على العقد الباطل :-

قلنا بأن الأصل فى العقد لا يرتب أي اثر قانوني فهو والعدم سواء . غير انه يوجب آثارا عرضية باعتباره واقعة مادية لاستقرار المعاملات بين الناس ومراعاة لحسن النية الواجب توافره أثناء تنفيذ العقد واليكم أهم هذه الآثار :-

أ- حالة الزواج الباطل :-

ينتج آثارا عرضية كثبوت البنوة ووجوب العدة . باعتباره واقعة مادية لا عقدا صحيحا .

ب - حالة إنقاص العقد :-

إذا كان العقد فى جزء منه صحيحا وباطلا فى الجزء الأخر فالأخير وحده هو الذى يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بدون الشق الباطل مثل ما لو باع شخص منزلا لأخر وتبين أن نصفه مملوك للغير – والمشترى لا يرضى بشراء نصف المنزل فيكون العقد كله باطلا .

* إذن يشترط لإنقاص العقد شرطان :

١- أن يكون العقد باطلا فى جزء منه بخلاف ما لو كان باطلا كله فلا ينتقص العقد .

٢- أن يكون العقد قابلا للانقسام وإلا فلا ، مع جواز تحويله إذا توافرت شروط التحويل . الآتي ذكرها .

ج - نظرية تحويل العقـد :-

إذا كان العقد باطلا ولكن عناصره تستطيع أن تكون عقدا أخر صحيحا فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى إبرام هذا العقد(١) الجديد لو ظهر بطلان العقد الأصلي مثل عقد بيع وفائي رسمي فإنه باطل وفقا للمادة ٤٦٥ مدنى . ولكن ربما يكون عقد رهن صحيح رسمى أو حيازى بدون ورقة رسمية إذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك .

وجملة القول انه لابد من توافر شروط ثلاثة لتحويل العقد الباطل الى عقد صحيح :

١- يجب أن يكون العقد الأصلي باطلا أو قابلا للابطال .
٢- يجب توافر أركان العقد الذى سيتحول إليه .
٣- اتجاه إرادة المتعاقدين الى إبرام العقد الجديد فى حالة بطلان العقد الأصلي .

د - حماية حسن النية فى العقود الباطلة :-

من الآثار العرضية أيضا ما لو كسب الغير بحسن نية حقا عينيا عقاريا على الشيء محل العقد الباطل قبل تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها فى هامش تسجيل العقد فان حقه العينى على الشيئ المبيع يظل قائما بالرغم من بطلان العقد .

هـ - أعمال الإدارة :-

إذا كسب الغير حقا على الشيئ محل العقد الباطل بموجب عقد من عقود الإدارة . فان هذا الحق يبقى رغم بطلان العقد مثل ما لو اشترى شخص عقارا بعقد قابل للإبطال ثم أجره لأخر فان الحكم ببطلانه لا يؤدى الى زوال الإيجار .

و- الصورية :

إن العقد الصوري يكون باطلا بالنسبة للمتعاقدين ولكن للغير أن يتمسك بالصورية إذا كانت له مصلحة فى ذلك (٢) .

---

(١) د. مختار القاضى صـ ١١٠ . (٢) د. جمال العاقل صـ ١٢٩ .

ثانيـــا : البطــــلان النسبي :-

هو جـــزاء يلحق العقد نتيجة لتخلف شرط من شروط صحتـه . وهـو أمر مقرر لمصلحة ناقص الأهلية أو من لحقت إرادته عيب من عيوب الرضـا والعقد القابل للإبطـال عقد صحيـح ومنتـج لآثـاره الـى أن يتقـرر بطلانـه بالتراضي أو بصدور حكم القضاء وبذلك يصبح العقد كان لم يكن ولا يـترتب عليه أي اثر وتزول من وقت إبرام العـقـد .

• أحـــوال البطلان النسبي :-

يكون العقد قابلا للإبطال فى الحالات الآتيـــــة :

١- إذا كان أحد العاقدين ناقص الأهليـــة لصغر سنه أو سفهـه أو غفلته .
٢- إذا شاب رضا أحد الطرفين غلط أو تدليس أو إكراه أو استغـــــلال .
٣- إذا ورد نص قانوني يجعل العقد قابلا للإبطال كما فى بيع ملك الغير(١)

• خصـــائص أو ممـــيزات الإبطـــال :-

١- العقد القابل للإبطال صحيـح ومنتـــج لآثـاره حتـــى يبطل بـالتراضي أو بحكـــم من القضـــاء .
٢- لا يطلب الإبطال إلا صاحب المصلحـــة التى شـــرع الإبطال من أجلـها .
٣- لا يجوز للقاضى أن يحكم به من تلقـاء نفســـه لصاحب المصلحـــة أن يطلـــب ذلك .
٤- تسقط دعوى الإبطال بثلاث سـنوات ويبدأ سريان هـذه المـدة فـى حالـة نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هـذا السـبب وفـى حالـه الغلـط أو التدليس من اليوم الذى يكشف فيه أو من يـوم انقطـاع الإكـراه (٢) وفـى حالة انقضاء خمسة عشر عاما من وقـت إبـرام العقـد فـان حـق الإبطـال يزول نـهائيا سواء ظهر العيب أم لا بعد انتهاء هذه المـدة .

---

(١) م ٤٦٦ بيـــــع مـــلك الغـــــــير .
(٢) د. مختار القاضى صــــ ١٠٧ .

٥- **هل تجوز إجازة العقد القابل للإبطال أم لا ؟**
نعم تجوز إجازة العقد القابل للإبطال من صاحب الحق فى إبطالـــــه . فالقاصر هو الذى يستطيع أن يجـيز العقد بعد بلوغـــه أو وليـــه أو وصية أو المحكمـــــة .

• الإجـــازة :

هي تصرف قانونى يقصد به النزول عن الحق فى التمسك بإبطال العقد ممن تقرر له هذا الحق ، والإجازة تتم بإرادة منفردة وتنتج أثرها دون حاجـة الى قبول أو موافقة الطرف الآخـــر (١) .
والإجـازة قـد تكـون صريحـة كقولـة أسـقطت أو تنـازلت عن حقـى فـي طلـب الإبطال وقد تكون ضمنية تستفاد من اتخاذ موقف لا تدع ظـروف الحـال شـكا فى دلالته مثل ما لو قام المشترى الذى له حق إبطال عقـد البيـع بدفـع الثمن بعد علمه بالعيب الذى لحق إرادته وحقه فى التمسك به لإبطال العقـد . (٢)

• شروط الإجازة للعقد القابل للإبطال :-

- يشترط فى الإجازة التى تصحح العقد القابل للإبطال عـدة شـروط هى :-

١- يجب أن تتجه إرادة المجيز الى التنازل عن حقه فى طلب الإبطال وان يكون وقت الإجازة عالما بالعيب الذى يشوب العقد المراد إجازتـه . (٣)

٢- أن يكون المجيز ذا أهلية للإجازة والأهلية المطلوبة هنا هى أهليـة إبرام العقد محل الإجازة . ولذلك يجب لإجـازة العقـد القابل للإبطـال بسـبب نقص الأهلية أن تكون الأهلية كاملة وقت الإجازة وإلا كانت الإجـــازة قابلة للإبطال كالعقد سواء بسواء وللولى أو الوصي أو القيم الإجـازة شريطـة أن يكون العقد داخلا فى نطاق النيابة .

---

(١) د. لبيب شنب صـ ٣٣٨
(٢) د. جلال العدوى - أصول المعاملات صـ ١٩٨
(٣) د. جمال العاقل صـ ١٢٥ .

٣- أن تكون إرادة المجيز سليمة وخالية من العيوب . إذا كانت قابلية العقد للابطال قد تقررت بسبب عيب من عيوب الإرادة . وجب لصحة الإجازة أن تصدر بعد زوال العيب أي بعد وضوح الغلط أو التدليس أو الاستغلال أو بعد زوال الإكراه وإلا كانت الإجازة معيبة وقابلة للإبطال . (١)

فإذا توافرت هذه الشروط المطلوبة فى الإجازة فان العقد يصبح صحيحا ومنتجا لآثاره بأثر رجعى أي من وقت التعاقد لا من وقت الإجـازة .

■ إثبات الإجـــازة :-

يقع عبء إثباتها على مدعى الإجازة (٢) بكل طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن وهذا فى حالة ما لو كانت الإجازة ضمنية .

أما إذا كانت صريحة فالأمر يختلف باختلاف قيمة العقـد المجـاز ، فـإذا كـانت قيمة عشرين جنيها فاقل .

---

(١) د. لبيـــب شنـــب .
(٢) نقض مدنى ١١/٢٦ سنة ١٩٥٣ - م ق م ٥-٢٨-٢٠٣ .
" " ٢/١٥ سنة ١٩٧٢ - م ق م ٥-٢٣-٢٥-١٦٢ .

• هل هناك فرق بين الإجازة والإقـــــرار ؟؟؟؟

نعم الفرق بينهما واضح لأن الإجـــازة ترد على العقد القابل للإبطـــال من العاقد الذى تقررت لمصلحته هذه القابلية .

أما الإقـــرار فإنه يرد على عقد صحيـــح من شخص لم يكن طرفا فيـــه ولا يلتزم به فجعلـــه نافذا فى حقه مثل إقـــرار المالك الحقيقي البيع الصادر من غير مالك (١) ومـن إقـــرار الورثـــة للتصرفات التـــى أجراها مورثهم فى مرض موتـــه وإقـــرار الأصيل للتصرف الذى أبرمـه نائبه متجـــاوزا حـــدود نيابتـــــــه . (٢)

---

(١) د. سليمان مرقس صـــ ٢٣٥ .
(٢) د. لبيب شنب صـــ ٢٣٢ .

الفصل الرابع
فى
أثار العقد

■ **المبحث الأول :-**

• **القوة الملزمة للعقد :-**

إذا توافرت أركان العقد وشروط صحته انعقد صحيحا وترتب عليه أثاره ويصبح ملزما للطرفين المتعاقدين ، ويجب عليهما الوفاء بما التزما فى العقد كالتزامهما بنص القانون سواء بسواء تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين . (١)

ومعنى ذلك أن الالتزامات المتولدة من العقد يكون لها قوة القانون . (٢) أي يحب على المتعاقدين الخضوع له كما يخضعون للقانون ، ويجب على القاضى أن يفرض عليها احترام العقد كما يقرر احترام القانون . (٣)

وهذا المبدأ يعتبر من أثار مبدأ سلطان الإرادة الذى بمقتضاه أن الفرد لا يلتزم إلا بما أراد أن يلتزم به ، ولا يحول بدون ذلك حائل سوى النظام العام والآداب كما يمليه اعتبارات دينية وأخلاقية واقتصادية وهى وجوب الوفاء بالعهد واستقرار المعاملات .. والله سبحانه وتعالى يأمرنا بذلك حيث يقول:(يا أيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود) وقال (وافوا بالعهد إن العهد كان مسئولا) وقال رسول الله (ص) (إن خيار الناس أحسنهم قضاءا) .

---

(١) تنص المادة ١٤٧ مدنى على أن (العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون .)

(٢) د. حشمت أبو شتيت – مصادر الالتزام صـ ٣١٥ سنة ١٩٥٤ .

(٣) مارتى ورتيو - ص ٢٠٤ رقم ٢٢٠٢ مشار إليه د. لبيب شنب ص ٢٥٢ .

• **ويترتب على لزوم العقد :- (١)**

أولا :- وجوب تنفيذ العقد بجميع ما اشتمل عليه وفقا للمادة ١٤٨ مدنى التى تنص على انه (١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام) .

ثانيا:- لا يجوز لأحد المتعاقدين بإرادته المنفردة أن ينقض العقد أي يتنصل مما التزم به فى العقد أو يتحلل من قوته الملزمة ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقرها القانون .

فالتزام المتعاقدين بالعقد وعدم جواز نقضه لا يسرى إلا على العقود اللازمة ، بخلاف العقود غير اللازمة بنص قانون أو باتفاق الطرفين فيجوز فيها إنهاء العقد بالإرادة المنفردة مثل عقد الوكالة حيث يجوز للوكيل أو الموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها فى أي وقت (٢).
وعقد الشركة ينتهي بإرادة أحد الشركاء إذا كانت مدة الشركة غير معينة (٣) وعقد العمل كذلك طالما انه غير معين المدة (٤) بشرط إخطار سابق للطرف الآخر .

---

(١) د. لبيب شنب صـ ٢٥٢ .
(٢) المادة ٧١٥ ، ٧١٦ مدنى
(٣) المادة ٢٥٩ / ١ مدنى
(٤) ٦٩٤ / ٢ مدنى

وليست قوة العقد ملزمة لأطراف العقد فحسب ولكنها ملزمة للقاضى أيضا فإذا اختلف أطراف العقد حول تنفيذه ، ولجأ أحدهما الى القضاء فعلى القاضى أن يطبق شروط العقد ، ولا يمكن تعديله أو التغاضي عن أثره الملزم . (١)

ولكن يوجد حالات استثنائية يستطيع فيها القاضى تعديل شروط العقد أبرزها : (٢).

• نظرية الظروف الطارئة •

نظرية الظروف الطارئة قديمة وهامة . ولقد بدأت أهميتها بعد الحرب العالمية الأولى وما تبعها من اضطراب اقتصادي ظهرت صورته فى التضخم النقدي ، وانخفاض قيمة النقود والارتفاع الباهظ لمستوى الأسعار التى تضاعف خمسة أو عشرة أمثال ما قبل الحرب . مما جعل تنفيذ الالتزام أمرا مرهقا للمدين الى حد لم يكن متوقعا . (٣)

ومؤدى هذه النظرية انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة غير متوقعة كالزلازل والأوبئة والحروب . وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين . بحيث يهدده بخسارة فادحة فانه والحالة هذه يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول. وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا .

---

(١) د. حسنى عباس ١١٥ وبعدها .

(٢) وفى حالة ما يحدث بمناسبة تفسير العقد حالة الغموض وفقا لنص المادة ١٥٠،١٥١ ، مدنى (لا يفسر الشك فى مصلحة المدين) وتخفيض الشرط الجزائى - م٢٢٤ / ٢ ، وعقود الإذعان ١٤٩ مدنى .

(٣) د. محمد حسنى عباس صـ ١٢٠ .

وقد تردد القضاء المصرى فى الأخذ بهذه النظرية من اجل احترام الأثر الملزم للعقد . ولكن القانون المدنى الجديد اخذ بها متمشيا مع التشريعات الحديثة وبما استقر علية الفقه فى كثير من الدول .

ولذلك تنص المادة ٢/١٤٧ على انه :-
(إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين المصلحتين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) .

ومن هذا النص يتضح بأنه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة الشروط الآتية :

١- يجب أن يكون العقد متراخى التنفيذ أي لم يبدأ تنفيذه أو لم يكتمل بعد تمام انعقاده ، فإذا تم التنفيذ فلا مجال لتطبيق النظرية وتراخى التنفيذ يوجد فى العقود الزمنية الفورية أيضا . مثل عقد البيع بالتقسيط أو المؤجل فيه الثمن فانه يدخل فى نطاق النظرية غير أنها لا تنطبق على العقود الاحتمالية القائمة على فكرة المضاربة لأنه من المفروض أن يتوقع المضارب أي شئ وتنطبق النظرية على الجزء الذى لم ينفذ فى حالة تنفيذ جزء من العقد . أو كان أحد المتعاقدين قد نفذ التزامه فى حين أن الثانى لم ينفذ .

وتراخى التنفيذ قد يتقرر باتفاق الطرفين وقد يكون راجعا الى طبيعة العقد" زمنى " وقد يكون بتصريح من القاضى " نظرة الميسرة " وقد يكون بسبب قهرى " استحالة مؤقتة " ولا فرق بين سبب وأخر من أسباب تراخى التنفيذ . لكن لو كان هذا التراخى قد تم نتيجة خطأ المدين فلا تنطبق النظرية وإلا استفاد المدين من إهماله (١) .

---

(١) د. أحمد سلامه ، مذكرات فى نظرية الالتزام صـ ١٦١ سنة ١٩٨١ .

وبهذا قضت محكمة النقض (١) - (مفاد بنص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى أن نظرية الظروف الطارئة أنها ترد على الالتزام الذى لم ينفذ، أو على الجانب الذى لم يتم تنفيذه منه ، أما ما تم تنفيذه قبل الحادث الطارئ فانه ينقضى بالوفاء ويمتنع خضوعه لأحكام الظروف الطارئة كما أن للقاضى متى توفرت الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – تعديل العقد برد الالتزام الذى صار مرهقا الى الحد المعقول وهو حين يختار فى حدود السلطة التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذى يواجهه لا يرفع كل الخسارة عن عاتق المدين ويجعلها على عاتق الدائن وحدة ولكن يحد من فداحة الخسارة التى تصيب المدين ويصل بها الى الحد المعقول وذلك بتحميل المدين الخسارة المألوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين وذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما) .

وقالت فى حكم أخر (انه لا يجوز إعمال حكم الظروف الطارئة على الأقساط التى تكون قد خلت قبل وقوع الحادث الطارئ وقصر المدين فى الوفاء بها حتى وقع الحادث ، وذلك انه يشترط لتطبيق النظرية ألا يكون تراخى فى تنفيذ الالتزام الى ما بعد وقت الظرف الطارئ راجعا الى خطأ المدين ، وقالت لا يمس من تطبيق المادة على عقد البيع بان يكون الثمن مقسطا .

---

(١) انظر م ق م ١/٣ سنة ١٩٦٣-١٤-٣٧ .
" " " " ٢/١٨ سنة ١٩٦٥ ـ١٦-١٩
" " " " ١٢/٣٠ سنة ١٩٦٢ ١٣-١١٧٤
" " " " ٦/٩ سنة ١٩٧٥ ـ٢٦-١١٦٣

٢- وقوع حادث استثنائي عام ومفاجئ ليس فى الوسع توقعه :-

وبناء على ذلك يجب أن يوجد الحادث العام المفاجئ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه كله أو بعضه ولم يكن فى الوسع توقعه . فإذا كان متوقع الحصول كارتفاع أو انخفاض الأسعار فى الظروف العادية أو تم التعاقد فى حالة تنذر بالحرب ثم قامت الحرب فلا مجال لتطبيق النظرية والحادث العام قد يكون تشريعا أو عملا قانونيا أو واقعة مادية شريطة يكون نادر الوقوع وإلا يكون مقصورا على المدين كإفلاسه أو موته أو حرق محصوله. بل لابد أن يشمل الإقليم أو طائفة معينة أو أهل قرية أو مدينة أو عاصمة كالحرب والزلازل والأوبئة والفيضان الغير عادى - صدور تسعيرة وإلغاؤها وزحف

والاستيلاء الإداري – قانون الاصطلاح الزراعي رقم ١٧٨ / ١٩٥٥ يعتبر حادثا استثنائيا عاما لم يكن فى الوسع توقعه ولا من الممكن دفعه بهذا قضت محكمـــة النقـض . (١)

---

(١) م ق م ٢/١٨ سنـــة ١٩٦٥ ١٦-١٩١ ، ٦٣/١/٣ ، ١٤-٣٧ .
" " " ٤/١٨ سنة ١٩٦٣ ١٤-٥٦ ، ٢/١ سنة ١٩٧٧ ، طعن .

٣- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا

أي يهدده بخسارة فادحة ، ومعيار الإرهاق معيار موضوعي لا شخصي أي ينظر فيه إلى الشخص العادى وما يعتبر خسارة فادحة بالنسبة له . فإذا تحققت الخسارة على هذا المعيار طبقت النظرية حتى لو كان المدين ثريا لا تؤثر فيه هذه الخسارة (١) .

على انه إذا قام المدين بتنفيذ التزامه المرهق فعلا فليس له بعد ذلك أن يتمسك بحكم هذه النظرية لأنه رضى بالوفاء على تلك الحالة مهما صادفه فيها من أعباء إلا إذا كان المدين قد اضطر الى التنفيذ كي يدرأ عن نفسه مسئوليات جسيمة وقرن ذلك بالاحتفاظ بحقه فى تعديل التزاماته (٢)

الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهـــرة (٣)

إن الحادث الطارئ لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وإنما يجعله مرهقا للمدين يترتب عليه رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، أما القوة القاهرة فتجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا حيث ينقضى الالتزام بها ولا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذ الالتزام ولا مسئولية علية فيفسخ العقد من تلقاء نفسه .

---

(١) د. عبد الودود يحيى ص ٤٨١ - د. أحمد سلامه صـ ١٦٢
د. جميل الشرقاوى صـ ٣١٧ .م ق م . م ق م ١١/٢١ سنة ١٩٦٩ .

(٢) د. سليمان مرقس صـ ٢٥٩ والحكم المشار إليه . استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٩ - ٧٣٦ - ٢٩٣ .

(٣) د. عبد الودود يحيى ص ٤٨١ ، حسنين النورى صـ ٢١٠ .

• أثار توافـر الظروف الطارئـــة

إذا توافرت الشروط اللازمة لتطبيق النظرية . ثبت للقاضى بقـوة القانون سلطة تعديل العقد برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصالح المتعاقدين والقاضى من حقه أن يختار الوسيلة التى تقوم برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول (١) وهذه الوسائل كثيرة نذكر منها ما يلي :- (٢)

١- من حق القاضى أن يأمر بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث إذا كان مؤقتا ويرجى زواله .

٢- من حق القاضى أن ينقص التزام المدين وهذا أمر يتحقق بنقص الثمن أو بتقسيطه أو بنقص فوائدة أو رفعها أو بنقص الكمية المتفق عليها أو بالسماح للمدين بتقديم نفس الكمية من نوع اقل جودة .

٣- من حق القاضى أن يزيد من التزام الدائن بمقدار ما يجاوز القيمة المألوفة التى ينبغى على المدين أن يتحملها .

٤- يجوز للقاضى أن يجمع بين الوسيلتين الثانية والثالثة . بما له من سلطة تقديرية واسعة فى هذا الشان .

٥- الأمثلة : (٣) فقد ينقص الالتزام المرهق ، كما لو التزم شخص بتوريد كمية كبيرة من سلعة معينة ثم قامت الحرب التى تسببت فى إقلال المعروض من هذه السلعة فى الأسواق فيجوز للقاضى والحالة هذه أن ينقص الكمية المطلوبة من المدين بالمقدار الذى

---

(١) انظر نظرية الظروف الطارئة دراسة مقارنة - د. جمال العاقل صـ ٨٥ وبعدها
(٢) د. احمد سلامه صـ ١٦٣
(٣) د. عبد الودود يحيى صـ ٤٨١

يراه كافيا لرد التزام المدين الى الحد المعقول وقد يرى القاضى زيادة الالتزام المقابل ليقلل خسارة المدين . مثل ما لو تعهد إنسان بتوريد كمية من الأرز بسعر الطن ١٠٠ جنية مثلا ثم ارتفع السعر الى ٢٥٠ جنية نتيجة للحادث الطارئ (الجراد - الفيضان) فالقاضى فى هذه الحالة يرفع السعر، ولكنه لا يرفعه الى ٢٥٠ جنية وإلا يكون قد حمل الدائن كل ما يترتب على الحادث الطارئ وانما يحمل المدين أولا الارتفاع المألوف فى الأسعار ٣٠ جنية مثلا فان المدين يتحمل هذا المبلغ وما زاد عن ذلك وهو فى المثال ١٢٠ جنية يقسمها القاضى مناصفة بين المتعاقدين فيتحمل الدائن ٦٠ جنية تضاف الى الثمن المتفق علية فى الأصل ١٠٠+٦٠= ١٦٠ جنية الثمن بعد رفعه وتعديله من القاضى . وهو لا يستطيع أن يجبر المشترى الدائن بهذا السعر بل يخير بين الشراء وفسخ العقد .

ويجوز للقاضى أن يجمع بين النقص للمدين وزيادة الالتزام للدائن ويستطيع أن يوقف تنفيذ العقد مدة من الزمن حتى يزول الحادث الطارئ شريطة ألا يلحق الدائن ضررا جسيما بسبب ذلك مثل ما لو تعهد مقاول بإقامة مبنى من عدة طوابق ثم ارتفعت الأسعار ارتفاعا كبيرا بالنسبة للأسمنت والحديد والخشب وغيرها من لوازم البناء نتيجة الحادث العام المفاجئ غير أن الارتفاع يزول قريبا لزوال سببه . فيحكم القاضى بوقف تسليم المبنى مؤقتا وغير ذلك من الأمثلة الكثيرة .

٦- ومما يجدر الإشارة به انه إذا كان العقد دوري التنفيذ وتدخل القاضى لتعديله ثم توقف الطارئ المفاجئ قبل انتهاء مدة العقد فانه والحالة هذه يجب على القاضى وقف ما أمر به من تعديل وان تعود الحالة الى ما كانت عليه قبل التعديل .

٧- إن سلطة القاضى تنحصر فى رد الالتزام الى الحد المعقول ومن ثــم لا يستطيع القاضى أن يقضى بفسخ العقد بناء على طلــب المدين وإلا لو استجاب لذلك لكان بفعله قد حمل الدائن وحـدة أثر الحادث المفاجــئ وافلت المدين كليـــة مـن العقـــد . بعكس الدائن الـذى يجــوز لــــه أن يطلـــب الفســـخ بدون تعـويـض .

٨- وجدير بالذكر أيضا أن تطبيق نظرية الظروف الطارئــــة مسالة تتعلق بالنظام العام فلو اشترط فى عقد التوريد انـه لا يجوز للمتعهد أن يطالب تعديل التزامه إذا وقعت حوادث طارئــــة (١) فهذا الشرط باطل ولا يعمل به لمخالفته للنظام العام وفقـــا للمـــــادة ٢/١٤٧ التى تنـص على انه (يقــع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) .

٩- ويتعين لأعمال أثر نظرية الحوادث الطارئة اللجوء للقضاء (٢) حيــث قضت محكمة النقض بان (تدخل القاضى لرد الالتزام الى الحد المعقول. رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شـــرط الإرهاق المهدد بخسارة فادحة وتقدير مدى الإرهاق الذى أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ مما يدخل فى السلطـــة التقديريـــة لقاضـــى الموضـــوع ومناط هذا الإرهاق الاعتبارات الموضوعيـــة بالنسبـــة للصفقــــة ذاتهــــا لا للظـــــروف المتعلقـــــة بشخــص المـــدين

---

(١) محمد حسنى عباس ص ١٢٢ .

(٢) التقنين المدنى فى ضوء الفقه والقضاء . محمد كمال عبد العزيز جـ١ . ص٤٢٦ والأحكام الذى أشار إليها ٢٤-١-١٩٥٧ – م ق م ٨ – ٩٨ .

(٣) م ق م ٣/١ سنة ١٩٧٧ طعن ٥٨٠ – ٤٣ – ونفس المعنى ١٩٦٤/٧/٢ م ق م ١٥ – ٨٩٥ . نقض م ١٩٦٤/٣/٢٦ – ١٥ – ١٤٠٩
" " " ٥/١٠ سنة ١٩٦٢ . ١٣ – ١٢٩ .
" " " ١٢/٧ سنة ١٩٦٤ – ١٢ – ٧٥٢ .

وقالت في حكم أخر (وتقتصر سلطته بشأنها على رد الالتزام التعاقدي الى الحد المعقول دون أن يكون له فسخ العقد او إعفاء المدين من التزامه القائم أو إلزام الدائن برد ما استوفاه منه) (١)

١٠ـ عدم جواز التمسك بأعمال النظرية لأول مرة أمام محكمة النقض ، وبهذا قضت هذه المحكمة بأنه : (إذا لم يطلب الطاعن المشترى أمام محكمة الموضوع تطبيق الظروف الطارئة فلا يجوز له إبداء هذا الطلب لأول مرة أمام محكمة النقض) (٢)

---

(١) م ق م ١٩٧٣/١٢/٢٠ ـ٢٤ـ١٣٢٠ وقارن نقض ١٩٧٠/١١/٢٤ ٢١ ـ ١١٤٨ حيث خول القاضى فى خصوص عقد المقاولة الخيار بين الفسخ أو زيادة لأجر المقاول) .
م ق م - ١٩٧٧/٣/١ طعن ٥٨٠ لسنة ٤٣٠ ، ٥/٥ سنة ١٩٧٠
" " " ١٩٧٣/١٢/٢٠ - ٢٤- ١٣٢٠

(٢) م ق م ١٩٢٨/٧/٣ ـ ١٩ ـ ١٢٣٩ .

المبحث الثانى
اثر العقد بالنسبة للأشخاص

• **اثــر العقـــد :**

هـــو نشوء الحقوق والالتزامات التى اتجهت إرادة المتعــاقدين الـى
إنشـائها (١) فـإذا استوفى العقد أركانـه وشروطه القانونيـة نشـأ صحيحـا
وترتبت عليه أثاره التى تنصرف الى المتعاقدين فقط دون غيرهما . حيث لا
يستطيع المتعاقدان بارادتهما أن ينشئا التزاما فى ذمـة غـيرهما .

فالأصل أن يقف اثر العقد بالنسبة لطرفية (العاقدين) ولكن القانون جعل
هذا الأثر يتعدى العاقدين الى خلفهما العام والخاص ودائنيهما وبهذا يمكن
القول أن اثر العقد مقصور على طرفية وخلفهما العام والخاص ودائنيهما .
وما عدا ذلك فانه يعتبر من الغير بالنسبة للعقد . والقاعدة العامة انه لا يتـأثر
به ولكــن المشــرع استثنى بعـض الحــالات التى يمكن أن يكون فيها
العقــد اثر للغــير .

أولا : اثر العقد بالنسبة لطرفية :-

كما قلنا تنصرف أثـاره الـى طرفيـة سـواء كـانت هذه الآثـار حقوقـا أو
التزامات فالأطراف يلتزمون بتنفيذ الالتزامـات التـى تولـدت عن العقد وفقـا
لإرادتهـــم وفـــى نطـاق القانـــون .

ثانيا : اثر العقد بالنسبة للخلف العام والخاص :-

الخلف العام : (٢) هو من يخلـف الشـخص فـى ذمتـه الحاليـة كلـها أو فـى
جزء منها سواء فى الحقوق أو فى الالتزامات كالوارث والموصى له بالثلث .

---

(١) د. سليمان مرقس ص ٢٧٤ .

د. عبد المنعم الصده ص ٣٣٦ .

(٢) السنهورى الوسيط جـ١ صـ ٥٥٦

وقد بينت المادة ١٤٥ مدنـى هذا الأثـر الخـاص بـالخلف العـام حيث تقول (ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعـد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين مـن العقد أو من طبيعـة التعامل أو مـن نـص القانون إن هذا الأثر لا ينصرف الى الخلف العام . كمـا لـو اتفق علـى إنـهاء الإيجار بمـوت المستأجر . أو طبيعـة التعـامل - مرتـب مـدى الحيـاة للسـلف ينتهى بموته . أو إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبـار - كمـا فـى الشـركة والمزارعـــــة (١)

الخلـف الخـاص : (٢) هـو مـن يتلقـى مـن المتعـاقد حقـا علـى شـئ معيـن كالمشترى الذى يتلقى ملكية المبيع مـن البـائع . والأصل إن الخلـف الخـاص من الغير بالنسبة للعقود التى يبرمها سلفه . فلا تنصرف إليه أثارها . كما لو اجر البائع شيئا غير الشيء المبيع فلا تنصـرف آثـار الإيجـار الـى المشـترى ولكن ربما يبرم السلف عقدا متعلقا بنفس الشيء المبيـع للخلـف مثـل مـا لـو ابرم مالك البناء عقدا لصيانة المصعد الكائن به ثم قام ببيع هذا البناء أو أمن شخص على سيارته ضد الأضرار ثم باعها بعد ذلك . فهل تنصرف آثـار عقد الصيانة أو التامين الى المشترى فى كلتا الحالتين أم لا ؟

تجيب عن ذلك المادة ١٤٦ مدنى حيث تقول :

(إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشـيء انتقل بعد ذلـك الـى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقـل الـى هذا الخلـف فـى الوقت الذى ينتقل فيه الشيئ إذا كانت من مستلزماته ، وكان الخلف يعلـم بـها وقت انتقال الشيئ إليــــــه .)

---

(١) المادة ٥٢٨ مدنى ، والمادة ٦٢٦ .
(٢) د. لبيب شنب صـ ٢٢٦ .

ومن نص المادة السابقة لابد من توافـر شـروط لانصراف اثـار العقـد الـى الخلــف الخــاص :

١- أن يكون تاريخ العقد سابقا على انتقال الشيئ الـى الخلـف الخــاص .

٢- أن تكون الحقــوق والالتزامات المتولدة عن العقد من مستلزمات الشيء المنقــول للخلــف .

٣- ضــرورة علـم الخلف بالحق أو الالتزام وقت انتقال الشيئ إليه . ويرى البعض (١) - انــه لا محل لاشتراط العلـم إلا بالنسبــة للالتزام فقط .

---

(١) د. إسماعيل غانم رقم ١٨٠ .

ثالثا : اثر العقد بالنسبة للدائنين :-

إن الدائنين بلا شك يتأثرون بعقود مدينهم لما لهم من الضمان العام على أمواله . وفقا للمادة ١/٢٣٤ التى تنص على أن (أموال المدين جميعها ضامنه للوفاء بديونه) ومقتضى ذلك انه إذا زادت أموال المدين أو نقصت ديونه زاد ضمان دائنيه وإذا زادت ديونه ونقصت أمواله نقص الضمان العام .

ومن هنا يتضح بان الدائنين يتأثرون بما يبرمه مدينهم من عقود، ولكن يلاحظ أن الالتزامات والحقوق التى تنشأ عن هذه العقود لا تنتقل الى الدائنين كانتقالها للخلف العام والخاص بل يقتصر أثرها فقط من حيث زيادة أو نقصان الضمان العام للدائنين . وهذا يطلق علية اثر غير مباشر .

وبناء على ذلك إذا كانت عقود المدين صورية أو قصد بها الأضرار بالدائنين فان من حقهم الطعن فيها بالصورية أو بالدعوى البوليصية (٢) ولا تنفذ فى حقهم وينظر إليهم كأنهم من الغير بالنسبة الى هذه التصرفات بخلاف ما لو كانت جدية ولا يقصد بها الأضرار بالدائنين فإنها تكون نافذة فى حقوقهم ولا يجوز الطعن . (٣)

---

(١) د. سليمان مرقس صـ ٢٧٥
(٢) المادتان : ٣٧ ، ٢٤٤ مدنى
(٣) د. أحمد ص ١٧٠ قرب هذا المعنى .

رابعا : أثر العقد بالنسبة للغير:-

الأصل أو المبدأ العام وفقا للمادة ٥٢ مدنى (١) والمادة ٢٤٥ مدنى أن آثار العقد النافعة أم الضارة لا تنتقل الى الغير ، وهو من كان أجنبيا عن العقد ولم يكن ممثلا تمثيلا قانونيا صحيحا فى شخص أحد المتعاقدين (٢) والقاعدة هى عدم انصراف اثر العقد الى الغير وتطبيقا لذلك نص المشرع على حالة خاصة وهى التعهد عن الغير فى المادة ١٥٣ مدنى ، ثم استثنى منها حالة معينه نص عليها فى المادة ١٥٤ وما بعدها وهى الاشتراطات لمصلحة الغير (١٥٤ ـ ١٥٦ مدنى وفيما يلى نبين هاتين الحالتين وأحكام كل منهما :

أ- التعهد عن الغير

تنص المادة ١٥٣ على انه :

(١- إذا تعهد شخص بان يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده فإذا رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بان يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به .
٢- أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فان قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره ما لم يتبين انه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند اثر هذا القبول الى الوقت الذى صدر فيه التعهد .)

---

(١) التى تنص (لا يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا .) باتفاق الطرفين أو وفقا للقانون .

(٢) فالغير فيما يتعلق بأثر العقد فريقان :
الأول : ويدخل أصلا فى طائفة الخلف أو الدائنين ولنكه ينقلب غيرا استثناء فى حالات خاصة ، ويعامل بحسب إلى أن تسمح له الظروف بجعله من الغير كالصورية والتصرف فى مرض الموت
والثاني : لا يدخل فى نطاق الأول ، حيث أنه أجنبي عن العقد بتاتا لا ينصرف إليه أثر العقد أصلا إلا استثناء .

ويقصد بالتعهد عن الغير : بأنها حالة يتعاقد فيها شخص عن غيره مع تعهده شخصيا بان يجعل الغير يقبل هذا التعاقد (١) وقيل هو العقد الذى يتعهد فيه أحد الطرفين بان يجعل شخصا أخر يلتزم بالتزام معين أبل الطرف الأخر للعقد أي عقد التعهد عن الغير (٢) .

• الأمثلة للتعهد عن الغير :-

أ- مثل ما لو كان يملك شخصان أرضا زراعية على الشيوع مناصفة أو عقارا أو مصنعا فيبيع أحدهما النصيبين معا لشخص أخر ويتعهد له بان شريكه سيوافق على البيع الصادر منه .

ب- ومثل أن يجد نفسه فى حاجة الى تجاوز حدود التوكيل فيبرم العقد نيابة عن موكلة ، ويتعهد شخصيا بان يجعل الموكل يقر التعاقد الخارج عن نطاق الوكالة .

جـ - ومثل ما لو أراد الشركاء على الشيوع قسمة المال الشائع فيما بينهم وكان منهم الغائب أو القاصر أو المحجور عليه . أمكن الحاضرون منهم أو كاملو الأهلية أن يتموا القسمة وأن يتعهدوا أكلهم أو بعضهم بان يحصلوا على موافقة ناقص الأهلية بعد بلوغه من الرشد أو إزالة الحجر عنه أو بعد حضور الغائب .

---

(١) د. سليمان مرقس صـ ٢٩٣
(٢) د. احمد سلامه صـ ١٧١ .

والدافع الى التعهد عن الغير فى الغالب يكون بسبب عدم وجود الشريك الأخر أو أن المتعهد عنه ناقص الأهلية كما بينا فى الأمثلة السابقة .
ويلاحظ أن التعهد عن الغير لا يعتبر استثناء من قاعدة عدم انصراف أثر العقد الى الغير بل يعتبر تطبيقا لها . (لان المتعهد عنه حرفى أن يلتزم أولا فإذا التزم كان مصدره الرضا لا عقد التعهد) (١) .

• شروط التعهد عن الغير :-

من النص السابق يتضح انه يشترط فى التعهد عن الغير توافر ثلاث شروط حتى ينتج أثره وهى :- (٢)

١- أن يتعاقد الشخص باسمة لا باسم غيرة المتعهد عنه وهذا أمر يفرق بين التعهد عن الغير والنيابة فى التعاقد حيث يتعاقد النائب فيها باسم الأصيل لا باسمة .
٢- أن تتجه إرادة المتعهد عن الغير الى إلزام نفسه شخصيا حتى يمكن أن يكون لعقده اثر لا إلزام غيره .
٣- أن يكون محل الالتزام الذى تعهد به المتعهد حول حمل الغير الذى تعهد عنه على قبول التعهد .

ويقول الدكتور مرقس (ويكون التزام المتعهد هذا التزاما بنتيجة لاالتزاما بوسيلة بحيث يعتبر المتعهد مقصرا لمجرد أن الغير لم يقر التعهد مهما كان هو قد بذل من سعى لحمله على إقراره . ويكون جزاء تقصيره التزامه بالتعويض)

---

(١) د. عبد الحى حجازى - النظرية العامة للالتزام صـ ٢٦٨
د. مختار القاضي صـ ٢٦٦ وبعدها - د. احمد سلامه صـ١٧١ وبعدها .
(٢) د. سليمان مرقس صـ ٢٩٤ .

• اثر التعهد علي الغـــير:-

إذا توافرت الشروط السابقة فى التعهد عن الغير . نشأ عقدا صحيحا بين المتعهد والمتعاقد معه بغرض الوصول إلى تعهد الغير شخصيا كمـا لـو تعـهد به عن المتعهد الأصلي أو نشأت علاقات ثلاث نبينها فيما يأتي :

اولا : العلاقـــة بين المتعهد والغـــير :-

• هذه العلاقة لا تخرج عن أحد فرضين :-

الفــرض الأول : التزام الغير بإرادته بما يعهد به المتعهد وهذا فى حالـــة قبوله ويصبح المتعهد خالي المسئولية .

الفرض الثاني : حالة ما لو رفض الغير الالتزام فلا تقع عليه أية مسئولية.

ثانيا : العلاقـــة بين المتعهــد والمتعهــد لــه :-

إذا قبل الغير الالتزام فان المتعهد يكون خالى المسئولية وفى حالة رفضه وجب على المتعهد أن يقوم بتعويض من تعاقد معـه إلا إذا قـام بنفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به بحمـل الغير علـى قبولـه . بشـرط القـدرة والاستضافة على ذلك .

---

(١) د. مختار القاضى صـ ٢٦٦ وبعدهـــا .

ثالثا : العلاقة بين المتعهد له والغير :-

إذا قبل الغير ما تعهد به المتعهد صار للمتعهد له حق مباشر فى مطالبة الغير التنفيذ ولا اثر لقبوله إلا من وقت صدوره إلا إذا قصد صراحة أو ضمنا أن يرجع اثر القبول الى الوقت الذى صدر فيه التعهد وإذا لم ينفذ الغير يكون مسئولا ويلتزم بالتعويض فى الحدود التى رسمها المشرع .
وخلاصة القول فى ذلك أن التعهد عن الغير عقد لا يتعدى أثره للغير . وهذا الغير حين يقبل يلتزم بمقتضى عقد جديد لا بمقتضى العقد الأصلى فإذا وجه قبول الغير الى المتعهد له مباشرة كان العقد الجديد يبين هذين ، أما إذا وجه الى المتعهد فيكون المتعهد نائبا عن المتعهد له فى العقد الجديد (١)

ب ـ الاشتراط لمصلحة الغير

تنص المادة ١٥٤ مدنى على انه يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشرعها لمصلحة الغير إذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية أو أدبية .

ومن هذا النص يتضح بان الاشتراط لمصلحة الغير يفرض وجود ثلاث أشخاص .

١- المتعهد "الملتزم"
٢- المشترط - من له مصلحة فى تنفيذ الالتزام .
٣- المنتفع – وهو الغير الذى التزم المتعهد من اجله .

فالاشتراط لمصلحة الغير عبارة عن اتفاق بين شخصين يشترط أحدهما – المشترط – على الأخر – المتعهد – ما يقوم الأخير بإعطاء شيئ أو بعمل شيئ لمصلحة شخص ثالث والمنتفع لم يكن طرفا من العقد ولا ممثلا فيه .

ويعتبر هذا استثناء حقيقيا من قاعدة عدم انصراف أثر العقد الى الغير لأن المتعهد يلتزم قبل المشترط لمصلحة المنتفع فيكسب الأخير حقا مباشرا حيث يستطيع أن يطالب بهذا الحق دون تدخل من المشترط ولو أنه لم يكن طرفا فى العقد .

■ الأمثلة :-

١- عقد التامين على الحياة :-

وهذا مثل واقع فى الحياة العملية كان يؤمن شخص على حياته لمصلحة زوجته وأولاده . فالأسرة هى المستفيدة من هذا العقد ولو لم يكن طرفا فيه فمن حقها أن تطالب الشركة بعد وفاة المؤمن على حياته . بمبلغ التامين . أو يؤمن رب العمل لمصلحة عمالة عما يصيبهم من ضرر إزاء تأدية عملهم – فالعمال من الغير يستطيعون أن يطالبوا الشركة بالتأمين فى حالة الضرر لما لهم من حق مباشر قبل الشركة .

٢- عقد المقاولة :-

الذي يقوم به المصالح الحكومية فكثيرا ما تشترط على من يرسو عليه العطاء شروطا لمصلحة الجمهور من حيث تحديد الأجر وساعات العمل وغير ذلك .

٣- قد يبيع شخص عقاره .

ويشترط فى عقد البيع أن يقوم المشترى بدفع الثمن لشخص أخر أو أن يدفع له إيرادا مرتبا مدى حياته .

الشروط التى يجب توافرها لمصلحة الغير :-

أ- أن يتعاقد المشترط باسمة لا باسم المنتفع وتنصرف أثار العقد إلى الأخر على انه من الغير والفرق واضح بين الاشتراط وبين النيابة.

ب - أن يقصد المتعاقد إنشاء حق مباشر للمنتفع بخلاف ما لو اشترط لمصلحة نفسه فلا يتحقق الشرط حتى ولو عادت المنفعة على الغير مثل ما لو تعاقد صاحب السيارة مع الشركة التامين ضد الحوادث الناشئة عنها أو من شخص لمصلحة نفسه ومات فان الحق ينتقل إلى ورثته عن طريق الميراث لا عن طريق عقد التامين مباشرة . فهذا لا يعتبر من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير .

جـ - أن يكون للمشترط مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية وللمصلحة أهمية بالغة . فلا يستطيع المشترط يدور لها مراقبة تنفيذ الاشتراط لأنه لا دعوى حيث لا مصلحة ويجب أن تكون المصلحة مشروعة وإلا وقع الاشتراط باطلا . مثل مل لو قام شخص بالتامين على حياته لمصلحة امرأة لاستمرار العلاقة غير المشروعة بينهما .

د - أن يكون المنتفع قابلا للوجود وقت تنفيذ الاشتراط وبناءا على ذلك لا يلزم وجوده وقت إبرام المشارطة .

• أثار الاشتراط لمصلحة الغير :-

يترتب على الاشتراط السابقة فى حالة توافر شروطه وانعقاده صحيحا وجود ثلاث علاقات .

العلاقة بين المتعهد والمشترط فعقد المشارطة بينهما هو الذى يحدد العلاقة بينهما ومن هنا تطبق عليهما أحكامه - من فسخ أو بطلان ومن حق المشترط أن يطال بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة المنتفع . لأنه طرف فى العقد وله مصلحة فى ذلك . وفقا

للمادة ١٥٤ مدنى التى تنص على انه (يجوز للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك .)

ومطالبة المشترط المتعهد بالوفاء للغير يكون بطريقة رفع دعوى مباشرة باسمه شخصيا لا باسم الغير . ومن حق المشترط أن يطلب الفسخ مع التعويض فقط ،أو الدفع بعدم التنفيذ عند إخلال المتعهد بالتزامه نحو الغير.

ب - علاقــة المشـترط بالمنتفـــع :-

يحكم هذه العلاقة الغرض الذى من اجله تمت المشارطة فان كان الغرض منها تبرعا فانه يجب سريان أحكام التبرعات ويحوز للمشترط أن يرجع عن هبته فى حالة توافر شروطــــــه .

وإذا كان الهدف منه المعاوضه فان أحكامه هى التى تسرى ويجوز للمشترط أن ينقض (١) المشارطة ما دام المنتفع لم يعلن قبولها إلى المتعهد أو المشترط وفقا للمادة ١/١٥٥ مدنى . ولا يجوز للمشترط نقض المشارطة بعد إعلان المنتفع قبوله إلا إذا كان الاشتراط تبرعــــا .

مع ملاحظة أن الحق فى نقض المشارطة لا يكون إلا للمشترط وحده دون ورثته أو دائنيــــــه .

ولم يقرر القانون لنقض المشارطة شكلا خاصا ، فيقع النقض بمجرد تعبير المشترط عن اتجاه إرادته إليه ويجوز أن يكون هذا التعبير صريحا أو ضمنيا ولا يكون النقض نافذا فى حق المتعهد إلا من وقت إعلانه به حيث يجب علية الامتناع عن الوفاء للمنتفع . (٢)

---

(١) د. مختار القاضى صـ ١٧٠ - د. عبد الحى حجازى صـ ٢٤١ .
د. جمال العاقل صـ ١٥٦ .

(٢) د. سليمان مرقس صـ ٣٠٤ .

جـ - علاقة المتعهد بالمنتفع :-

يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير أن ينشأ للمنتفع حق مباشر من العقد رغم انه لم يكن طرفا فيه وبناء على ذلك يترتب له هذه الأمور .

أ- الحق المباشر يثبت للمنتفع قبل المتعهد من يوم إبرام المشارطة لا من وقت إعلانه قبولها . لأن حقه لا ينشأ من القبول ولكنه ينشأ من العقد وفقا للمادة ١٥٥ مدنى . فإذا مات المنتفع قبل قبوله الاستفادة من المشارطة انتقل ذلك الحق الى الورثة وعلى ذلك يكون للمنتفع أن يطالب المتعهد بتنفيذ المشارطة دون وساطة المشترط فله أن يرفع دعوى ضده مطالبا إياه بالتنفيذ ولا يجوز للمنتفع فسخ المشارطة لان المشترط وحده هو الذى يملك ذلك (١)

ب- من حق المتعهد أن يتمسك فى مواجهة المنتفع بالدفوع المتولد من العقد فإذا كانت إرادته معيبة وقت إبرام المشارطة بالإكراه والتدليس كان من حقه أن يمتنع عن التنفيذ بسبب قابلية العقد للإبطال . أو يدفع بعدم تنفيذ الالتزام فإذا كان المتعهد شركة التامين وأخل المشترط بدفع الأقساط المقررة عليه . فمن حق الشركة أن تمتنع عن دفع مبلغ التأمين .

---

(١) د. جمال العاقل صـ ١٥٧ .

المبحث الثالث
جـــزاء الإخـــلال
بالعـــقـــد

أولا : المسئولية العقدية :-

وهـى الجـزاء الـذى يترتب علـى عـدم تنفيذ المتعاقد لما التزم به . فإذا انعقد العقد صحيحا اصبح واجب النفاذ غير أن المدين لم يقـم بتنفيذه . فإذا كان التنفيذ العيني ممكنا وطلبه الدائن ، أجبر المدين علـى التنفيـذ . ولا تقوم المسئولية العقدية (١) إلا إذا نتج ضرر عن تأخير التنفيذ .
وأما إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن ، أو كان ممكنـا ، ولكـن الدائـن طلب التعويض ، ولم يعرض المدين التنفيـذ العينـي . فـإن القـاضى والحالـة هذه يحكم على المدين بـالتعويض شريطة أن تتوافر أركـان المسئولية العقديـة وهـى الخطـأ ر والضـرر وعلاقـة السببية بين الخطأ والضرر .

■ شـروط أو أركان المسئوليـــة العقديـــة :-

حتـى يصبـح المتعـاقد مسئولا عــن تعويض الضـرر الـــذى يصيب المتعـاقد معـه ، لابـد من توافـر هـــذه الأركـان أو الشـروط التــى تقـوم عليها المسئوليـة العقديـة وهـى :-

١- الخطأ العـقـــــدي :

هـــو الــذى يتمـثل في عـــدم قيــام المدين بتنفيذ التزاماتـه التعاقديـــة أو التأخـــر فى تنفيــذهـــا . ســـــواء

---

(١) د. عبد الـودود يحـيى صــ ٤٨٣

أكان ذلك يرجع الى العمد أو الإهمال . والالتزام المتولد عن العقد أما يكون التزاما بتحقيق نتيجة أو غاية معينة كالالتزام بتسليم الشيء المبيع للمشترى أو بإقامة مبنى معين . فان التنفيذ فى هذه الحالة لا يتم إلا بتحقيق الغاية أو النتيجة ، وإلا ظل الالتزام دون تنفيذ ، وتوافر الشرط الأول للمسئولية العقدية وهو الخطا العقدي . وإما أن يكون التزاما ببذل عناية كالتزام طبيب بعلاج مريض أو التزام محام برفع استئناف فى قضيه . فإذا بذل المدين العناية اللازمة (عناية الشخص المعتاد) فانه يكون قد نفذ التزامه ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة .

وبهذا ينص القانون المدنى حيث انه يقول (فى الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء ، وأن يقوم بإدارته ، أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه ، فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره . (١)

وجملة القول إن الخطأ العقدى هو عدم " تنفيذ الالتزام " ويتحقق ذلك إذا لم تتحقق النتيجة المطلوبة فى الالتزام بنتيجة أو غاية ، أو إذا لم تبذل العناية المطلوبة فى الالتزام ببذل عناية . (٢)

ويقع على من يدعى أن المتعاقد الأخر لم يقم بتنفيذ التزامه أو تأخر فى تنفيذه عبء إثبات ما يدعيه فإذا كان الالتزام بنتيجة

---

(١) المادة ١/٢١١ مدنى مصرى ، ٢١٢ سورى ، ٢١٦ عراقى ، ٢١٤ ليبى

(٢) المرجع السابق صـ ٤٨٤ .

فانه يكفي إثبات قيام العقد وعدم تحقق النتيجة المطلوبة وإذا كـان الالـتزام يبذل عناية فإن الدائن يلتزم بإثبات قيام العقد الصحيح وتقصـير المديـن فـى بذل العناية الواجبة عليـــــه ..

ب- الضــــــرر :-

الركــن الثانى للمسئولية وهـــو الأذى الـذى يصــيب الشـخص فى حق من حقوقه أو فى مصلحة مشروعه لـه ســواء كـان ذلـك الحـــق أو تلـك المصلحـة ذا قيمـة ماليـة أم لا (١) . فـالضرر أمـرا لابـد منـــه لقيـام المسئولية العقدية ويلتزم المدين بالتعويض الـذى يقدر بقـدر الضـرر، فـإذا انعدم الضرر فـلا محـل للتعويـض ولا مجـال لشكوى الدائـن فـى حالـة عـدم وجود ضرر عند الوفـاء مـن المديـن والضـرر إمـا أن يكـون ماديـا وإمـا أن يكون أدبيــــا .

فالمادي : هـو مـا يصيب الدائـن مالـه ، كالمستعير الـذى لا يبـذل العنايـة المطلوبة للعين المعـارة ممـا أدي إلـي إتلافـها . أو ضيـاع أي فرصـة لربـح المال أو حدث إصابة تعجز عن الكسب فضلا عن نفقات العلاج ... الــخ .

والأدبي : هـو مـا يصيـب الدائـن فـى سمعته وشرفه أو اعتبـاره كالإهانـة والقذف والتشهير وإفشاء الإسرار مثل ما لـو اتفـق مؤلـف مـع ناشـر علـى نشر كتاب فصدر المؤلف مشوها لوجود أخطاء كثيرة فيه فالمؤلف والحالـة هذه قد لا يصيبه ضرر مادى ولكن بلا شك يلحقه ضرر أدبي .

---

(١) د. سليمان مرقس صـــ٢٦٩ .

والراجح فى الفقه والقضاء أن لا فرق بين الضرر المادي أو الأدبي فالتعويض يستحق فى الحالتين .

ولكن ما هى الشروط التى يجب توافرها فى الضرر الموجب للتعويض ؟

١- أن يكون الضرر محققا أي وقع بالفعل أو وقوعه صار مؤكدا . فلا يكفى أن يكون الضرر احتماليا .

٢- أن يكون الضرر مباشرا أي ترتب مباشرة على عدم الوفاء بالالتزام حتى ولو كان محقق الوقوع فى المستقبل مثل ما لو تعاقد مصنع على شراء كمية من الأقطان للغزل والنسيج لكي يسد حاجته مستقبلا . غير أن المدين لم يقم بالوفاء بالتزامه وتسليمه الكمية اللازمة من القطن للمصنع وهذا أمر يلحق به ضرر فى المستقبل عند حاجته للشئ محل التعاقد .

٣- أن يكون الضرر مما يمكن توقعه عادة وقت العقد .
ويسأل المدين عن كل ضرر مباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع وقت العقد وفقا للمادة ٢٢١ مدنى . فى حالة ما لو كان عدم الوفاء راجعا الى غش أو الى خطأ من المدين .
ولا يشترط أن يكون المدين قد توقع الضرر ومقداره فعلا وقت التعاقد بل يكفى توقع الضرر بحيث كان يستطيع الرجل المعتاد أن يتوقعه لو وجد وقت التعاقد فى مثل ظروف المدين الظاهرة . (٢) فالمعيار موضوعي لا شخصي . فلا ينظر الى ما يتوقعه المدين فعلا

---

(١) تنص المادة ٢/٢٢١ على أنه (إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

(٢) د. سليمان جر جس ص ٢٧٣ .

بل الى الشخص الذى يتوقــع حــدوثه نتيجــة عــدم تنفيذ العقــد ولــو لــم يتوقعــه المدين ذاتــه . (١)

جـ – علاقة السببية بين الخطا والضرر :-

لا يكفى لقيام المسئولية العقدية توافـر ركنـي الخطـأ والضـرر بـل لابد من توافر علاقة السببية بين الخطـأ والضـرر أي أن الخطـأ هـو سبب الضـرر . فـإذا لـم توجد هـذه الرابطــة لا يلــتزم المديــن بتعويــض الدائــن عــــن الضــــرر الذي أصابــــه .

وبناء على ذلك إذا كـان الضـرر الـذى أصـاب الدائـن راجعـا الـى خطـا الدائن ذاتـه أو خطـا الغير أو بقـوة قـاهرة أي لا دخـل للمديـن فـى ذلـك فـلا مسئولية علية لعدم وجود رابطة السببية بين الخطا والضـرر والغـرض بـان العلاقة بينهما قائمة فلا يكلف الدائن باثباتها . فإذا ادعى المدين عدم وجـود الرابطة بينهما فانه يجب علية ان يثبت ذلك .

* هل يجــوز تعديل أحكــام المسئوليــة العقديــة أم لا ؟؟

إن القواعد التى تنظـم أحكـام المسـئولية هنـا قواعد تكميليـة وليست أمره وبناء على ذلك يجوز الاتفاق بين المتعاقدين على مخالفتهما بالتشـديد علـى أن يسـال المدين فـى حالـة القـوة القـاهرة . أو بـالتحقيق أو بالإعفـاء منهــا ولكـن يـرى البعض انـه لا يجـوز ذلـك الإعفــاء لان حيــاة الإنســان وسلامته أولى أهم من كل شئ . (٢)

---

(١) د. جمال العاقل صــ١٦٤ .

(٢) د. شنب صــ٢٩٢ - د. العطار صــ٢٣٠ .

ثانيا : فسخ العقد :-

تنص المادة ١٥٧ مدنى على انه (فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد أعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد ، أو بفسخه مع التعويض ويجوز أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهلية بالنسبة الى الالتزام فى جملته .
وبناء على هذا النص نجد أن الفسخ يعتبر من أهم اسباب إخلال العقد فهو حق المتعاقد فى العقد الملزم للجانبين فى أن يطلب حل الرابطة التعاقدية لكى يتحلل من التزاماته إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ التزامه . (١)
ويعتبر الفسخ من أهم الوسائل التى تساعد الدائن على إكراه المدين للوفاء بالتزامه قبل الدائن . (٢)

● أنواع الفسخ :

• يتنوع الفسخ الى ثلاثة انواع :

١- فسخ قضائي ٢- فسخ اتفاقي ٣- فسخ قانوني

ويسمى حينئذ انفساخا وهذه الأنواع ترد على جميع العقود الملزمة للجانبين :-

١- الفسخ القضائي :

وهو ما يطالب به الدائن أمام القضاء دون أن يكون منصوصا عليه فى العقد . فالأصل أن يكون الفسخ بحكم قضائي إذا توافرت شروطه .

---

(١) د. جمال العاقل صـ ١٦٧ .
(٢) د. مختار القاضى صـ ٢٨٣ وما بعدها .

■ **شروط الفسخ القضائي :-.**

يشترط لجواز فسخ العقد توافر عدة شروط .

١- **أن يكون العقد ملزما للجانبيين وهذا أمر طبيعي لان الفسخ قائم على أساس فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة .**

٢- **ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه . وان يكون ذلك راجعا الى فعل المدين ، وإلا فالالتزام ينقص وينفسخ العقد بقوة القانون كم لو كان عدم تنفيذ الإلتزام راجعا الى استحالته بسبب لا دخل لإرادة المدين فيه. أو كان الالتزام مؤجلا الى اجل لم يحل أو معلقا على شرط أو غيرها من الأسباب المشروعة فلا مجال للفسخ .**

٣- **يشترط أيضا أن يكون المتعاقد الذى يطلب الفسخ قد قام بتنفيذ التزامه أو على الأقل يكون مستعدا لتنفيذه فإذا لم يدفع المشترى الثمن المستحق الأداء ، ثم طالب البائع بتسليم المبيع فرفض وتمسك بالدفع بعدم التنفيذ فان المشترى والحالة هذه لا يستطيع أن يطلب الفسخ لعدم تنفيذ البائع الالتزام بالتسليم .**

٤- **يجب أن يكون طالب الفسخ قادرا على أن يعيد الحال الى ما كانت علية قبل التعاقد ؟، فإذا كان قد تسلم شيئا بموجب العقد واستهلاكه أو تصرف فيه ، فلا يجوز له ف ى هذه الحالة أن يطلب الفسخ .**

٥- **يجب أن يعذر الدائن المدين أي ينذره قبل رفع دعوى الفسخ ولكن هذا لا يعنى أن دعوى الفسخ تكون غير مقبولة إذا لم يسبقها أعذار المدين لا ن رفع الدعوى يعتبر فى ذاته أعذارا .**

فإذا رفع الدائن دعوى الفسخ دون أعذار فإنه يتحمل مصاريفها إذا بادرا المدين الى التنفيذ بمجرد إعلانه بصحيفتها ، هذا بالإضافة الى أن أعذار المدين قبل رفع دعوى الفسخ يجعل القاضى أسرع الى الاستجابة لطلب الفسخ والحكم بالتعويض على المدين . (١)

■ الحكم بالفسخ لا يكون وجوبيا :-

رغم توافر الشروط السابقة للفسخ القضائي فان الحكم به لا يكون وجوبيا بل يظل الخيار موجودا لكل من الدائن والمدين والقاضى .

فيجوز للدائن الذى قام برفع الدعوى أن يعدل عنها ما دام لم يحكم القاضى بالفسخ ويطلب التنفيذ وحينئذ لا يجوز للقاضى أن يحكم بالفسخ ومن حق المدين أن يتوقع الفسخ بتنفيذ التزامه قبل صدور الحكم النهائي به ولا يبقى للقاضى إلا الحكم بالتعويض عن التأخير فى التنفيذ .

- والقاضى له سلطة تقديرية :-

وفقا للمادة ١٥٧ مدنى فى أن يحكم بالفسخ أولا يحكم به إذا رأى مبررا لذلك كما لو قام المدين بتنفيذ معظم التزامه كان له أن يحكم بتنفيذ الجزء الباقى أو يحكم بالتعويض .

وقد يمنح المدين أجلا للتنفيذ ، إذا رأى عدم تنفيذ المدين راجعا الى عذر مقبول، وان الدائن لم يصبه إلا ضرر يسير من جراء عدم التنفيذ .

---

(١) د. عبد الودود يحيى صـ ١٨٨ .

ب- **الفسـخ الاتفـاقـى :- (١)**

يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه فى حالة عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه دون حاجة الى أعذار أو حكم من القضاء . وهنا يقع الفسخ بموجب الاتفاق .

(فان تنازع المتعاقدان الى القاضى فى هذه الحالة يجب علية أن يحكم بالفسخ وحكمة هذا يعتبر كاشفا ومقررا للفسخ لا منشئا له) .

أما إذا كان الاتفاق بين المتعاقدين يستوجب الأعذار قبل الفسخ فلا يجوز للقاضى أن يحكم به إلا بعد الأعذار وحكمه هذا يعتبر منشئا للفسخ لا مقررا له .

وقد اقر المشرع المصرى الفسخ الاتفاقى فى المادة ١٥٨ مدنى .

جـ - **الفسـخ القانـوني :-**

يقع الفسخ بقوة القانون فى حالة استحالة تنفيذ الالتزام من أحد الطرفين ويكون بسبب لا دخل لإرادة المدين فيه . كما لو التزم بتسليم كمية من القمح فهلكت بقوة قاهرة ، هنا ينقص الالتزام المتعلق بالطرف الأخر دون حاجة الى أعذار أو حكم قضائي . ولا يلتزم المدين بالتعويض حيث لا مسئولية . ويكتفى بسقوط الالتزام المقابل بخلاف ما لو كانت الاستحالة راجعة الى خطا المدين فانه يكون مسئولا ويحكم عليه بالتعويض وفقا للمادة ٢١٥ مدنى .

---

(١) د. جمال العاقل صـ ١٦٩ - د. عبد الودود يحيى صـ ٤٨٦ .
د. مختار القاضى صـ ٢٨٥ .

• أثـار الفسـخ :-

تنص المادة ١٦٠ مدنى على انه (إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض) .

ومن هـذا النص يمكن أن نستنبط أثار الفسـخ فيما يلى :-

١- إذا فسخ العقد بحكم قضائي أو بناء عل الفسخ الاتفاقى فـان الحالـة ترجع الى ما كانت علية قبل التعاقد ، ومعنـى ذلـك أن الفسخ لـه اثـر رجعي ، أي أن العقد يعتبر كان لم يكن . فيرد كـل المتعاقدين مـا أخـذه تنفيذا للعقد . إذا كان من العقود الفورية .

٢- الفسخ ليس له اثر رجعى فـى العقـود الزمنيـة كالإيجـار ، لان طبيعتـها تمنع ذلك حيث يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها ، والزمـن المـاضي لا يمكن رجوعه . ولذلك كان الفسخ فيها إنـهاء للعقد بالنسبة للمسـتقبل أما أثاره قبل الفسخ فتظل كمـا هـى علـى أسـاس العقـد وتكـون الأجـرة المستحقة عن المدة السابقة اجره واجبة وليست تعويضا عن المنفعة .

٣- إذا كانت إعادة الحال الى ما كانت علية مستحيلة بان اصبح رد مـا نفـذ مـن العقـد غـير ممكـن ، فـان القـاضى فـى هـذه الحالـة يحكـم للدائـن بتعويض عما استحال رده .

٤- يجوز للدائن الذى يقوم برفع دعوى الفسخ أن يطالب بتعويض تكميلـي علاوة على فسخ العقد إذا اصابه ضـرر بسبب عـدم تنفيذ العقـد مثـل ما لو كنا بصدد عقد بيع وتم فسخه بسبب عـدم دفع المشترى الثمن .

واسترد البائع الشيء "المبيع" غير أن قيمته قد انخفضت فى السوق وقت الفسخ وقلت عن وقت البيع . فان من حق البائع أن يطلب تعويضا مساويا لفرق الثمن . أساس التعويض هنا المسئولية التقصيرية لا العقد لأنه قد زال بالفسخ . (١)

٥- القاضى له سلطة تقديرية فى الفسخ فيجوز له إلا يحكم بالفسخ ومنح المدين أجلا إذا رأى الظروف تقتضي ذلك .
ومن حقه أن يرفض الفسخ إذا كان الجزء الباقى من الالتزام قليل الأهمية بالنسبة للالتزام فى جملته .

ثالثا : وقف العقد (الدفع بعدم التنفيذ) (٢)

يعتبر وسيلة يلجا إليها المتعاقد للضغط على مدينة وحملة على التنفيذ دون اللجو الى القضاء .

ويمكن تعريفة بانه : حق كل طرف فى عقد ملزم للجانبين فى الامتناع عن القيام بتنفيذ التزامه الى أن يقوم الطرف الأخر بتنفيذ الالتزام المقابل له .

فالدفع يعطى لحق لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما التزم به . مثل ما لو إمتنع المشترى عن دفع الثمن فانه والحالة هذه يجوز للبائع أن يمتنع عن تسليم الشيء المبيع والعكس صحيح . بشرط توافر شروط الدفع بعدم التنفيذ .

---

(١) د. عبد الودود يحيى صـ ٤٩١ د. جمال العاقل صـ ١٧١ .
(٢) د. عبد الودود يحيى صـ ٤٩٣ د. مختار القاضى صـ ٢٨٦ .
د. عبد الناصر العطار صـ ٢١٦ العاقل صـ ١٧١ .

• شــروط التمسك بالدفــع :-

ينـص القانــون المدنى المصـرى فى المــادة ١٦١ منــه على انـــه (فى العقود الملزمة للجانبيين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنــع عن تنفيذ التزامــه ، اذا لـم يقـم المتعـاقد الأخر بتنفيذ ما التزم به) .

❋ ومن هذا النص نستنبط هذه الشروط :-

١- يجب أن يكون العقد ملزما للجانبين لوجود التزامــات متقابلـة علـى كـل من طرفي العقد ، فإذا امتنع أحدهما عن التزامه امتنع الأخر عن تنفيـذ التزامه المقابل له . بخلاف العقود الملزمة لجانب واحـد حيث لا يوجد عذر المديـن فـالواهب فـى عقد الهبـة لا يستطيع أن يدفـع بعدم تنفيذ التزامه لان الموهوب له لا يلتزم قبلة بشيء .

٢- يجب أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقه الوفاء بخـلاف مـا لـو كـان الثمن أو تسليم الشيء المبيع معلقا على شرط أو مضافـا إلـى اجل أو كان العقد يلزم أحد الطرفيـن بـالتنفيذ أولا فـلا يجـوز فـى هـذه الحـالات التمسك بالدفع من الطرف الأخــر لان العقد شريعة المتعاقدين .

٣- يجب أن تكون الالتزامات المتقابلة مرتبطا بعضها ببعـض ومـن ثـم فـلا يجوز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع طالما أن قبض الثمن بسبب أن له دينا قبل المشترى ناشئا عن سبب أخر غير العقد .

٤- يجب أن تكون الطرف الأخـر ممتنعـا عـن الوفـاء بالتزاماتـه دون عـذر سواء أكان عدم التنفيذ كليا أو جزئيا أو معيبا .

٥- يجب على من يتمسك بالدفع ألا يكون متعسفا فـى استعمال حقـه . فـلا يجوز التمسك به فى حالة ما لو يبقــى مـن الـتزام المتعـاقد الأخر قدرا ضئيلا بالنسبة الى ما تم تنفيذه .

٦- ويشترط الا يمتنع المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزام جوهري مقابل عدم تنفيذ التزام ثانوي . ففي عقد الإيجار لا يجوز للمستأجران يمتنع عن دفع الأجرة مقابل امتناع المؤجر عن القيام بالترميمات البسيطة عن العين المؤجرة .

والدفع لا يحتاج الى أعذار أو مدة معينة بعكس الفسخ الذى لا بد فيه من أعذار لوضع المدين موضع التقصير حتى يجوز للدائن طلب الفسخ .

ويعتبر الدفع تطبيقا للحق فى الحبس الذى يشترط فيه وجود التزامين كل منهما مترتب على الأخر مرتبط به . غير أن الحق فى الحبس أوسع نطاقا من الدفع بعدم التنفيذ . لأنه لا يشترط للتمسك به أن يكون مصدر ارتباط الالتزامين المتقابلين عقدا ، فقد يكون عقدا وفى هذه الحالة يأخذ الحق فى الحبس صورة الدفع بعدم التنفيذ ، وقد يكون مصدر الارتباط واقعة قانونية أخرى كالفعل النافع ، فيسمى الامتناع عن الوفاء حقا فى الحبس . فالحق فى الحبس اصل ، والدفع بعدم التنفيذ تطبيق له فى نطاق العقود الملزمة للجانبين .

■ أثار الدفع بعدم التنفيذ :-

يترتب على الدفع اثار بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير .

أ - بالنسبة للمتعاقدين :

إذا توافرت شروطه السابقة فانه يترتب عليه بالنسبة للمتعاقدين وقف تنفيذ العقد . والوقف لا يؤثر على مقدار

الالتزام إذا كان العقد من العقود الفورية كالبيع بخلاف ما لو كان من عقود المدة كالإيجار أو المستمرة كعقد التوريد فانه يترتب على وقف تنفيذه نقص فى كم الالتزام بمقدار مدة الوقف .

ومن فوائد الدفع انه يحمل المتعاقد الأخر على التنفيذ ويؤمن من يتمسك به ضد المخاطر التى يترتب على عدم التنفيذ . كما يحقق العدالة بين طرفى العقد .

ب- بالنسبة للغير :

أن الدفع بعدم التنفيذ يسرى فى حق الغير ، إذا كان حق هذا الغير قد ثبت بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع مثل ما إذا تأخر المشترى عن دفع الثمن وتمسك البائع بالدفع وقام بحبس المبيع حتى يقوم المشترى بدفع الثمن . غيرَ أن المشترى قام ببيع الشيء المبيع لمشترى أخر ، فإن الدفع يسرى فى حق المشترى الآخر الثانى ، لأن حقه على الشيء المبيع جاء لا حقا لثبوت الحق فى التمسك بالدفع .

بخلاف ما لو كسب الغير حقه قبل ثبوت الحق فى التمسك بالدفع فانه والحالة هذه لا يسرى الدفع فى حقه . مثل ما لو أن شخصا قام برهن عقار يملكه رهنا رسميا ثم قام بتأخيره بموجب عقد إيجار غير ثابت التاريخ ثم قام ببيعة لشخص أخر .فطالب المشترى البائع بتسليمه العقار قبل انتهاء مدة الإيجار . فمن حق المستأجر فى هذه الحالة أن يطلب من المؤجر التعويض وان يتمسك بالدفع فى مواجهة المشترى حيث يقوم بحبس العقارعنه غير أن الدفع لا يسرى فى حق الدائن المرتهن لان حق الرهن قد ثبت قبل ثبوت الدفع بعدم التنفيذ .

الباب الثانى

الإرادة المنفــردة

• من مصادر الالتزام الإرادة المنفردة وهى :-

اتجاه إرادة الشخص إلى إلزام نفسه دون حاجة الى اقترانـها بـإرادة أخـــر لإنشاء الالـــــتزام .

ويرى الفقه المصرى فى الغـالب (١) أن الإرادة المنفـردة مصـدر مــن مصادر الالتزام فى القانون المصرى ، ولكنها ليست مصـدرا عامـا كـالعقد ، وإنما هى مصدر استثنائي فى حالات معينه بنصوص خاصـة بينـها المشرع فى القانون المدنى .

كالوعــد بجـــائزة والإيجـــاب الملـــزم . وهمـــا مــن أهـــم تطبيقاتهـــا . ولذلك نقـــوم ببيـــان هاتـــين الحـــالتين :

أولا : الوعد بجائــــزة :-

مثـل أن يعـد شـخص بجائزة لمن ينجح فى الثانوية العامة أدبي ويكـــون ترتيبــــه الأول . أو لمن يقـوم بـاختراع علمـــى أو صنـاعي فـــى موضوع معين أو لمن يعثر على شئ ضائع .

---

(١) د. حشمت أبو ستيت صـــ ٣٦٢ . مصادر الالتزام .
د. عبد المنعم البدراوى صـــ ٥٨١ " "
د. احمد سلام صــــ ٢٣٣ " " .
د. محمد جمال الدين زكي - الوجيز فى نظرية الالتزام صـ ٢٠٨ سنة ١٩٦٧ .
د. إسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام صــــ ٣٩٢ .

بالقاعات الا رشيدا

• ما هي الشروط الواجب توافرها في الوعد بالجائزة الموجب للالتزام :-

١- يجب أن يكون الوعد صادرا من شخص كامل الأهلية وإلا فلا يلتزم بالجائزة التي وعد بها . ولكن قد يلتزم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية .

٢- أن تكون إرادة الواعد خالية من العيوب المفسدة للرضا كالغلط والإكراه والتدليس والاستغلال .

٣- أن تتجه إرادة الواعد الى الجمهور أي إلى أشخاص غير معينين وإلا فتعتبر إيجابا يحتاج إلى قبول عقد .

٤- وان يكون توجيه التعبير للجمهور عن الجائزة بالطريق العلني بالنشر في الصحف والمجلات والإذاعة والتلفزيون بحيث يستطيع الكثير من الأفراد العلم به .

٥- أن يكون العمل المطلوب القيام به والسبب مشروعا أي ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة . وإلا كان الوعد باطلا بطلانا مطلقا كالوعد بجائزة لمن يرتكب جريمة قتل أو سرقة أو معاشرة غير مشروعه .

٦- أن يكون محل الوعد وهو الجائزة الموعود بها مشروعا ومعينا أو قابلا للتعيين وإلا كان الوعد باطلا .

مثل الوعد بإعطاء كمية من المخدرات لمن يعثر على شيء مفقود أو يعد بشيء غير معين أوغير قابل للتعيين فالوعد باطل والجائزة التي يلتزم بها الواعد أما أن تكون مادية كالنقود والأشياء العينية . أو أدبية كوسام وشارة وكأس .

٧- أن يكون العمل الذي خصصت له الجائزة قد تم بعد صدور الوعد لا قبلة وإلا فليس له الحق في الجائزة .

• الآثار المترتبة على الوعد بجائزة :- (١)

إذا توافر الشروط السابقة فانه يترتب حكم الوعد الذى يختلف بحسب ما إذا كان الوعد قد حددت له مدة أم لم تحدد له مدة :

أ- حالة تحديد مدة للوعد :

وفيها يلتزم الواعد بهذه المدة فلا يجوز له العدول خلالها . ولا يخلوا الأمر من فرضين .

• الفرض الأول :-

لنتهاء المدة دون أن يقوم أحد بالعمل المطلوب وفى هذه الحالة ينقضي التزام الواعد .

• الفرض الثانى :-

قيام أحد الأشخاص بإداء العمل المطلوب فى المدة المحددة فانه يستحق الجائزة الموعود بها سواء كان يعلم بها أم لا عند قيامة بالعمل المطلوب .

---

(١) تنص المادة ١٦٢ مدنى ((١- من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن يقوم بهذا العمل ولو قام به دون نظر الى الوعد بالجائزة أو دون علم بها .

٢- وإذا لم يبين الواعد أجلا للقيام بالعمل جاز له الرجوع فى وعده بإعلان للجمهور على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد وتسقط المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر

ب- **حالة الوعد غير محدد المدة :-**

في هذه الحالـة يجب على الواعـد إعطـاء الجائزة لمن قام بهذا العمل قبل عدوله عـن وعـده .
لأن له الحق في العدول طالما انه لم يحدد مدة معينة لوعده . فإذا عدل عن وعده فلابد أن يكون علنيا بنفس كيفية الوعـد .
وفي حالة العدول فلا يكون ملزما بإعطاء الجائزة إلا انه يكون ملتزمـا بدفـع تعويض لمن بدأ في تنفيذ العمل دون أن يتمه على أسـاس المسئولية التقصيرية بسبب الضرر الذى أصابه شريطة الا يزيد التعويـض عن مقـدار الجـائزة . (١)

■ **متى تسقط دعوى الجائزة ؟؟؟؟**

تسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم يقم الموعـود بـها برفعها خـلال ستة اشهر من تاريخ إعلان الواعـد عدولـه عن وعـده للجمـهور وفقا للمـادة ١٦٢ مدنى .

ثانيا : الإيجـاب الملـزم :- (٢)

الإيجاب الملزم يعد من تطبيقات الإرادة المنفردة . ويكون الإيجاب ملزما فى حالة ما لو حدد الموجب موعدا للإيجاب .
ويذهب بعض الفقهاء الى أن أساس التزام الموجب بالبقاء على أيجابه حتى ينقضى الموعد الذى حدده لـه هو ، الإرادة المنفردة . وليس العقـد لان الموجب يكون قد الزم نفسه بإرادتـه دون إرادة غيره وقبل توافق إرادتـه بإرادة المتعاقـد الأخـر .

(١) الأعمال التحضيرية جـ٢ صـ ٣٤ .
(٢) د. مختار القاضى - أصول القوانين صـ ٧١ سنة ١٩٦٧

الباب الثالث

الإثـــراء بلا ســبب مشـــروع

تمهيد وتقسيم :

أن القانون المدنى قد نص على مبدأ الإثراء علـى حساب الغير دون سبب مشروع ، وجعل منه مصدرا عاما للالتزامات ، وأزال عنه كل شائبة كانت تلحقه من ضعف ووهن ، بجعله دعوى الإثراء أصلية لا دعـــوى احتياطيــــة .

ولم يشترط المشرع لقبولها بقاء الإثراء وقت رفع الدعوى ، ولم يقصر حق المفتقر علـى مقدار مـا بقـى من إثـراء المثرى وقت رفـع الدعـوى . وفضلا عن ذلك فانه قد تعرض لأهم تطبيـق مـن تطبيقـات هذا المبدأ وهـا الفضالة ودفع غير المستحق .

وهناك غيرهما كالبناء في ملك الغير بحسن نية ، ورد الشيء الى اصلـه فى حالة البطلان أو الفسخ .

ومبدأ رد الإثراء غير المشروع يقوم بـلا شك علـى أساس مـن العدالـة (١) التى توجب رد الحق – الإثراء بـلا سبب – الى صاحبـه وتـأبى أن يحتفظ الشخص الثرى على حساب الغير دون سبب لنفسـه بمـا حصل علية دون وجه حق .

وهذا أمر مقرر في القانون القديم وخصوصا فى القانون الروماني الذى كان يطبقه بجانب مبدأ وجوب التعويـض عــن الضـرر الناشـئ عن عمل غير المشـــــروع .

والالتزام وفقا لهذا المبدأ ينشأ بناء على واقعة إثراء شخص علـى حسـاب الغير بلا سبب مشروع يؤدى إلى افتقار غيره .

---

(١) د. لبيب شنب صـــ ٤٤٠

وتتحقق هذه الواقعة بصرف النظر عن الإرادة ، لأنها واقعة إرادية أي ليست من قبيل التصرفات القانونية بل من قبيل الوقائع القانونية .

ولبيان الأحكام المتعلقة بهذا المصدر نخصص له فصلين هامين :

أ- الإثراء وأحكامه

ب- أهم تطبيقاته

← الإثراء - تعريفه - أنواعه - أساسه (العدالة)

← طبيعة الإثراء - شروطه -

هل دعوى الإثراء احتياطية أم أصلية ؟؟

من يقع عليه عبء إثبات الإثراء ؟

ومتى تسقط دعوى التعويض عن الإثراء

=============

***

الفصل الأول

الإثـــراء وأحكامـــه

تنص المادة ١٧٩ مدنى على أن : (كل شخص ولو غير مميز يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء فيما بعد .)

• شـروط الإثـراء :-

من النص السابق يتضح بأنه يجب لنشوء الالتزام من واقعة الإثراء توافر هذه الشروط :

أولا : إثراء المدين ومعنى ذلك أن يكون المدين قد أثرى أو استحوذ علـى منفعة أو كسب على حساب شخص آخر . فأساس إلزام المدين هـو وجود الإثراء وإلا فلا إلزام مثل ما لو قام شخص بترميم منزل آيـل للسقوط مملوك لشخص آخر وقد صدر قرار إداري بهدمة وعلى هذا فـلا وجـود للإثراء لان مالك المنزل لا يحقق إي كسب مـن الترميمات ولذلك لا يلزم بدفع شئ لمن قـام بهـا .

• ولكن - ما معنى الإثراء ؟؟

يعتبر الإثراء كل زيادة في الجانب الإيجابي للذمة المالية سواء كانت هذه الزيادة حقيقية (١) - أو حكمية ، وكل نقص في الجانب السلبي للذمة أي كل نقص في ديونه ، والإثراء إما أن يكون ماديا أو معنويا، إيجابيا أو سلبيا ، مباشرا أو غير مباشر .

١- فالمادي مثل ما لو إقام شخص بناءا في ارض غيرة ، ثم تملك صاحب الأرض هذا البناء بالحالة بأرضه وهذا هو الإثراء الإيجابي المتمثل في انتفاع الشخص بقيمة مالية من وراء عمل الغير .

سواء تمثلت في صورة حق دخل في الذمة ، أم صورة منفعة أو خدمة تمت لحساب المثري كما لو عمل شخص لحسابه فترة من الزمن دون عقد عمل.

- ومثل المادي أيضا وهو في نفس الوقت سلبي . تجنيب الشخص نفقه كانت عليه بوفاء الغير لها. فالمشترى من حقه في هذه الحالة إن لم يكن قد حصل على قيمة جديدة إلا أن ذمته قد برئت من الدين .

والإثراء المعنوي : وهو عبارة عن مصلحة أدبية لها قيمة مالية تتحقق للشخص مثل المريض الذى يتم شفاؤه بفعل طبيب عالجه دون تعاقد . فالمريض في هذه الحالة أثرى صحياً .

وإذا كان يتعذر تقويم الشفاء الذى حصل عليه "المريض" فإنه من الميسور تقويمه عن طريق تقدير الجهد الذى بذله الطبيب وما يستحق من أتعاب في الحالات المماثلة (٢) .

---

(١) الزيادة الحقيقية تكون بإضافة عنصر إيجابي جديد أو بتحسين عنصر قائم فيها والحكمية تكون بتفادي النقص في أحد العناصر الإيجابية القائمة د. سليمان مرقس صـ ٥٠٨ .

(٢) د. سليمان مرقس صـ ٥٠٩ .

ومثل لو قام مدرس بإعطاء تلميذ دروسا خصوصية دون سبق اتفاق مع والده ، فإن التلميذ فى هذه الحالة يكون قد حصل على إثراء معنوي يلتزم برد قيمة هذا الإثراء (١) وأيضا فى حكم البراءة الذى يحصل عليه محام لمصلحة متهم فانه يلتزم بقيمة رد هذه البراءة فى حالة عدم وجود اتفاق بينهما بشأن الدفاع عن المتهم .

ويكون الإثراء مباشرا وهذا هو الأصل إذا تحقق بفعل المفتقر ذاته كما لو قام بسداد دين على أخر أو بترميم بناء مملوك لشخص أخر . أو تحقق بفعل الشركة دون تدخل شخص أجنبي أو الطبيعة كما لو اخذ مال غيرة بلا وجه حق .

والإثراء يكون غير مباشر إذا حدث بفعل شخص أخر غير المفتقر والمثرى كما لو تدخل شخص لإطفاء حريق مشتعل فى ملك شخص أخر وادي ذلك إلى إتلاف مال شخص ثالث بسبب الحصول على المياه اللازمة منه .

ثانيا : افتقار الدائن :-

لا يكفى لنشوء الالتزام توافر الإثراء بالنسبة للمشترى بل لابد من خسارة وافتقار يلحق الدائن بسبب ذلك . أي نقص فى ذمته حتى يستفيد من قاعدة الإثراء بلا سبب .

والافتقار قد يكون إيجابيا كما لو أخرج الإنسان مالا من ذمته لسداد دين على أخر . وقد يكون سلبيا كالمجهود الضائع الذى يستطيع من بذلة أن يؤجر عليه . كالرجل الذى اهتم بتدريب فرس للسباق أو طير

للصيد لاعتقاد أنه هو المالك ثم ظهر المالك الحقيقى (١) أو الرجل الذى قام بخدمة لآخر ولم يعطه مقابلا لهذا العمل . ففى كلتا الحالتين يقال عن مثل هذا الشخص إنه افتقر . ويحق له أن يطالب بتعويض عن عمله .

أما إذا لم يتحقق الافتقار فلا يجوز للشخص أن يطالب المثري بتعويض وفقا لقاعدة الإثراء بلا سبب . فمثلا حينما أقامت جامعة الأزهر بناء لكليتي الشريعة والقانون وأصول الدين والدعوة فرع طنطا ارتفعت قيمة الأراضي المجاورة للبناء . ولكن لا يجوز للجامعة أن تطالب ملاك هذه الأراضي بشيء . لأنهم وإن حصلوا على كسب وإثراء بسبب إقامة البناء إلا أن الجامعة لم يلحقها أية خسارة أو افتقار لأنها أنشئت لمنفعة طلاب الأقاليم فى وسط الدلتا وقد تحققت المنفعة المرجوة من ذلك .

ثالثا :- رابطة السببية بين الافتقار والإثراء :

لا يكفى تحقق الإثراء في جانب المدين وتحقق الافتقار فى جانب الدائن . بل يجب أن تكون هناك رابطة سببية بينهما . بمعنى أن يكون السبب الأصلي لافتقار الدائن هو إثراء المدين . فإذا لم تتوافر هذه الرابطة فلا محل لتطبيق قواعد الإثراء والأمثلة على ذلك كثيرة :- (٢) .

أ- مثل ما لو كان هناك شخص ينبعث من داره ضوء استفاد منه الجار فانه لا يلتزم بتعويض جاره مع أن صاحب الضوء قد افتقر وجاره قد استفاد لأنه لا علاقة بينهما فصاحب الضوء يدفع ثمن النور سواء استفاد الجار أم لا .

(١) د. مختار القاضى صـــ ١٩١
(٢) د. مختار القاضى صـــ ١٩٣

ب- وأيضا صاحب المطعم الذى ينبعث من مطعمه روائح شهية يتلذذ بها نفوس المحرومين ، فانهم لا يلتزمون بدفع تعويض لعدم وجود رابطة السببية بين افتقار صاحب المطعم عند صنع طعام وبين استمتاع المحرومين من الرائحة .

جـ- وأيضا صاحب البستان الذى يفيح من بستانه الرائحة الجميلة فضلا عن الزهور ومنظرها الخلاب ومنها يستفيد الملاك المجاورين له فلا يلتزمون بالتعويض لعدم توافر رابطة السببية .

وكذلك الأمر إذا قامت الحكومة بإنشاء طريق وإصلاحه من أجل مرور السيارات فاستفاد منه الملاك المجاورين للطريق حيث قد ارتفع أثمان أراضيها . ورغم ذلك لا يلتزمون بتعويضه لأن هذه الإفادة وغيرها جاءت عن طريق تبعي لم يؤد إلى افتقار الدائن وإنما افتقر الدائن لسبب آخر .

رابعا : انعدام السبب القانوني :- (مصدر إرادى)

يجب أن يكون الإثراء الذى تحقق من الافتقار المقابل له مجردا عن السبب القانوني فالمالك الذى يقوم بترميم منزل المستأجر يلحقه بلا شك افتقار بسبب ذلك بينما يلحق المستأجر إثراء غير أن له سبب قانوني وهو عقد الإيجار فلا تعويض وأيضا إذا أنفق الزوج على زوجته فإن آثراها يكون بنص القانون الذى يُلزم الزوج بالانفاق

وأيضا الابن الذى يقدم لأبية الفقير مبلغا من المال شهريا لا يستطيع أن يطالب أباه بما قدم له لأن نص القانون يلزم الابن الموسر بالإنفاق على أبيـــه المعـــسر .

وفى حالة الهبة فانه لا يجوز للواهب أن يطالب الموهوب له بقيمة هذا المال وفقا للإثراء بلا سبب لان عقد الهبة يعتبر سببا قانونيا لاكتسابه ففى كل هذه الحالات لا يجوز لمن افتقر أن يطالب من أثري بناء على السبب المشروع الذى يجب أن يكون موجودا بين الدائن والمدين دون غيرهما . أما إذا انتفى السبب القانوني للإثراء ، فان المثري يلتزم بالتعويض .

● أحكام الإثراء :-

إذا توافرت الشروط السابقة لنشؤ الالتزام بالإثراء بلا سبب التزم المثري بتعويض المفتقر . وفقا للمادة ١٧٩ مدنى التى تنص على أن المثرى يلتزم بتعويض المفتقر عما لحقه من خسارة فى حدود ما أثري به .

ومن هذا النص نستنبط بأن المثري يلتزم أن يدفع الى المفتقر اقل القيمتين قيمة الافتقار وقيمة الإثراء ، فإذا كانت قيمة الافتقار ١٠٠٠ جنية ألف جنية مصري وقيمة الإثراء ١٥٠٠ ألف وخمسمائة جنية مصرى . فإن المثري لا يلتزم إلا بدفع ١٠٠٠ جنية فقط اقل القيمتين مع جواز العكس الإثراء ١٥٠٠ جنية والافتقار ٢٠٠٠ ألفان جنية فانه يلتزم بدفع ١٥٠٠ جنية فقط اقل القيمتين سواء كان المثري حسن النية أو سيئها مميزا أم غير مميز لأن مصدر التزامه بالتعويض الواقعة المادية وهى واقعة الإثراء وليست الإرادة إذا فلا يشترط توافر الأهلية ولا التمييز لدى المثري ، ولكن يتعين قصر التزام المثري ناقص الأهلية فى حدود ما أثري به وعاد علية بالنفع ، فلا يلتزم برد ما أضاعه أو أنفقه فى غير مصلحة(١)

(١) د. سليمان مرقس صـ٥١٥ - د. مختار القاضى صـ ١٩٨ .

ويبقى الالتزام بالتعويض دائما ولو زال الإثراء بعد تحققه وقبل رفع الدعوى وفقـــا لنص المــادة ١٧٩ التي تنـص على (أن المثرى يلـتزم بالتعويض حتى ولو زال الإثراء فيما بعد) وفى هذه الحالة لا خلاف فـى انـه يجب تقدير قيمة الإثراء وقت تحققه لا وقت رفـع الدعـوى أو الحكـم فيـها . ولكن حصل خلاف فى هذا الشان فى تقدير قيمة الافتقار حيث يرى البعـض بان العبرة فى ذلك بوقت صدور الحكم قياسا علـى وقـت تقديـر الضــــرر فـــى المسئوليـــــة . (١)

ويرى البعض الأخر بأنه يجب تقدير قيمة الافتقار وقت تحققـه قياسا علـى تقدير الإثراء . (٢)

وهذا هو ما أميل إليه لأن الافتقار كالإثراء شـرط جوهري لدعوى الرجوع استنادا إلى قاعدة الإثراء بلا سـبب . (٣) وهمـا أسـاس الالـتزام بالتعويض ويتحققان فى وقت واحد لأن الافتقار هو سبب الإثراء .

ولذلك كان من المنطق والعدل الرجوع فى تحديد قيمة كـل منـهما الـى وقت واحد وهو وقت تحققهما دون تفرقة بيـن هـذا أو ذاك لأن التفرقـة لا أسـاس لها من الصحة .

غير أن محكمة النقض قد أخذت فـى بعض أحكامـها بـالرأي الأول حيث قضت بأن (الحكم بفسخ عقد المقاولة ينبنى عليه انحلاله واعتباره كـأن لـم يكن ولا يكون رجوع المقاول الذى أخل بالتزامه - بقيمـــة مـــا استحدثـــه

---

(١) د. السنهورى صـ ١٣٣٧ رقم ٣١٣ .
(٢) د. لبيب شنب صـ ٤٤٧
(٣) م نقض م - ٧ - ٦٧٢ - فى ١٩٥٦/٦/٧ .
" " " - ١٣ - ١١٥٩ - فى ١٩٦١/١٢/٢٠

من أعمال استنادا إلى مبدأ الإثراء بلا سبب لا الى العقد الذى فسخ وأصبح لا يصلح أساسا لتقدير هذه القيمة . ولما كان مقتضى مبدأ الإثراء وفقا للمادة ١٧٩ من القانون المدنى أن يلتزم المثري بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثري المثري بسبب ما استحدثه من بناء يكون وقت تحققه أي وقت استحداث البناء بينما الوقت الذى يقدر فيه قيمة الافتقار هو وقت الحكم) . (١)

• هل دعوى الإثراء بلا سبب احتياطية أم لا ؟؟

إذا كان للمفتقر أكثر من دعوى بينها دعوى الإثراء فهل يجوز له أن يختار هذه الدعوى من بينها جميعا أم لابد أن يستغرق جميع هذه الدعاوى قبل أن يُعطى الحق فى رفع دعوى الإثراء .

▪ اختلف الفقه الوضعي لهذا الشان على قولين :

١ـ فمنهم من رأى بأن دعوى الإثراء بلا سبب دعوى احتياطية لا يُلجأ إليها إلا عند الضرورة ومعنى ذلك إنه إذا كان للمفتقر طريق أخر للحصول على حقه وجب عليه اتباعه ولن يلجأ لدعوى الإثراء فمثلا :

لو باع شخص سمادا لمستأجر فليس من حقه أن يُقاضى المالك الذى استفادت أرضه من السماد لأن له حقا فى رفع دعوى ضد المستأجر نفسه . ومثل :

ما لو اشترى شخص شيئا ولم يدفع ثمنه فلا يجوز للبائع أن يطالب بقيمة هذا الشيء بدعوى الإثراء بلا سبب بل يجب عليه أن يطالب بالثمن بناء على عقد البيع المبرم بينهما .

---

(١) م ق م - ٢١ - ٤٥٠ فى ١٩٧٠/٣/١٧ .
" " " - ٥١٨ - لسنة ٤٣ فى ١٩٧٧/٢/٢٣ .
" " " - ٢٥ ٤٦٤ فى ١٩٧٤/٣/٥ .

ومنهم من يرى بأن دعوى الإثراء دعوى أصلية شأنها شأن سائر الدعاوى فلا يجوز استعمالها بصفة احتياطية في حالة توافر شروطها السابقة ولقد أحسن المشرع المصرى لأنه لم يشر الى الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء بلا سبب - ولو نظرنا الى المثال السابق الذى يقولون بل هو عدم توافر شروطها . فاكتسابها المشترى للشيء المبيع له سبب قانوني وهو عقد البيع فوجود سبب للإثراء يترتب علية عدم رفع دعوى الإثراء بلا سبب لتخلف شرط من شروطها وهو انعدام السبب القانوني .

■ إثبات الإثراء :-

ويقع عبء الإثبات طبقا للمبادئ العامة على عاتق المدعى وهو المفتقر فيجب عليه أن يثبت ما أصابه من افتقار وما عاد على المثري من إثراء ترتب على حدوث ذلك الافتقار ، ويجوز إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات ومنها البينه والقرائن (١) إلا إذا كان الافتقار دينا ينشأ في ذمة المفتقر من عمل قانوني - فلا يمكن إثباته إلا بالكتابة إذا تجاوز الدين عشرين جنيها .

وأيضا يجب على المدعى أن يثبت انعدام سبب الإثراء لدى المثري لأن ذلك يعتبر من الشروط اللازمة لقيام الدعوى . وعلى القاضي أن يبين في الحكم توافر شروط الدعوى وإلا كان الحكم قاصرا مما يسبب نقضه

(١) م ق م ٢٧ - ٦٦٢ - ١٩٧٦/٣/١٥ .
" " ١٨ - ٧٢٥ - ١٩٦٧/٣/٣ .

• تقــادم دعــوي الإثراء بــلا ســبب :-

تنص المادة ١٨٠ مدني على انه (تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض ، وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق) .

ومن هذا النص يتضح للقارئ أن دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب تسقط بمضى أقصر المدتين .

• المدة الأولى :

ويعبر عنها بالتقادم القصير وهي ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المفتقر بما أصابه من افتقار ترتب علية إثراء الغير وعرف هذا الغير الذى أثري على حسابه .

إذن فلا يبدأ التقادم القصير من تاريخ قيام الالتزام المثري بل من تاريخ علم المفتقر بحقه في التعويض كما قدمنا . (١)

• المدة الثانية :-

ويطلق عليها التقادم الطويل وهي خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق أي من يوم تحقق الإثراء والافتقار . سواء علم من لحقته الخسارة بحقه في التعويض أو لم يعلم .

(١) انظر الوسيط - د. السنهوري جـ١ صـ ٧٩٥

الفصل الثانى

تطبيقـــات قانونيـــة
للإثــراء بلا ســبب

لقد نـص المشرع على الأحكام العامـة للإثـراء بـلا سـبب ثـم أورد لنـا تطبيقين من تطبيقات مبدأ الإثراء بلا سبب ونص عليها صراحة فى القانون المدنى المصرى .

وسنبين أحكامها فى مبحـــثين :

المبحـث الأول

- رد غير المستحق :-

تنص المادة ١٨١ مدنى على أن (كل من تسـلم علـى سـبيل الوفـاء مـا ليس مستحقا له وجب عليه رده) .

إن المشرع يبين فى هذه المادة بأن مـن أخـذ شيئا دون وجـه حق فإنـه قـد أثرى بلا سـبب ولذلك يجب علـى مـن أخـذه أن يـرده للمفتقـر الـذى لحقتـه خسارة بلا سبب .

وإذا اردنا أن نتحدث عـن احكـام رد غـير المسـتحق ومـن الواجـب ان نبيـن شروطه وأحكامه وذلك فى مطلبـــين .

■ **المطلب الأول :**

• شروط رد غير المستحق :

من النص السابق نستنبط انه لابد من توافر شروط حتى يلتزم الشخص بالرد ويكون بصدد حالة وفاء غير المستحق وهذه الشروط هي :-

أولا:- أن يكون الدَّينُ غيرَ مستحق الوفاء به ومعنى ذلك أنه يجب لجواز استرداد ما حصل الوفاء به أن يكون الدين الموفَّى غير مستحق الوفاء به . وهذا أمر يتحقق في أربعة أمور :-

• الأمر الأول :-

الالتزام الذى حصل الوفاء به لم يوجد أصلا في أي وقت من الأوقات مثل ما لو اعتقد شخص أن والده قد حصل على قرض من أخر ولم يقم بسداده فيقوم هو بالوفاء ثم اتضح بعد ذلك أن القرض لم يتم .

• الأمر الثاني :-

الالتزام وجد في أي وقت ثم انقضى بالإبراء أو بالمقاصة أو بأي سبب أخر من أسباب انقضاء الالتزام .

فإذا أقام الشخص بالوفاء بعد ذلك معتقدا أن الالتزام لا زال موجودا فمن حقه في هذه الحالة أن يسترد ويحصل على ما قام به من وفاء مثل : ما لو طالب شخصٌ وارثَ مدينةٍ بدينٍ على مورثة - فقام الوارث بالسداد ثم عثر على مخالصة بتوقيع من الدائن الذى أخذ المبلغ مرة أخرى وهذه المخالصة كانت ضمن أوراق المورث عن نفس الدين لا دين أخر .

• الأمر الثالث :-

أن يكون الالتزام معلقا على شرط واقف أو مضافا الى اجل فإذا كان معلقا وقام المدين بالوفاء قبل تحقق هذا الشرط جاز له أن يسترد ما وفاه ، وفقا للمادة ١٨٢ مدني التي تقول (يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا للالتزام لم يتحقق سببه ـ فالالتزام المعلق على شرط واقف ليس له وجود مؤكد قبل تحقق الشرط .) ومن هنا نرى بأنه إذا حصل الوفاء والحالة هذه فإنه يعتبر وفاء بغير المستحق - وأيضا إذا كان الالتزام مضافا الى أجل فوفاه المدين قبل حلول الأجل . فإن الوفاء فى هذه الحالة يكون غير مستحق وفقا للمادة ١٨٣ مدنى التي تقول(يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يَحلّ أجله وكان المُوفِّي جاهلاً قيام الأجل .)

إذن يُشترط فى هذه الحالة أن يكون هناك أجل لم يَحل . وأن يَجهل الموفِّى علمه بالأجل . فإذا وفى عن علم لا يجوز له الرد . على أن الفقرة الثانية من نفس المادة تنص على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاد بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر .

فإذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقودا التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل فإذا كان الوفاء تسليم آله دفع المستأجر أجرها عن المدة التى استفاد بها قبل الأجل .

• الأمــر الرابــع :-

إذا كان الالتزام مستحقا وقــت الوفـاء ثـم أصبح غــير مستحق مثل : ما لو قام المدين بالوفاء بالتزام معلق على شرط فاسخ ثم تحقـق هـذا الشرط بعد الوفاء وبتحققه أصبح الالتزام كأن لم يوجد . لا شئ على المدين ولذلك يجوز الاسترداد ما قام به من وفاء لأنه قد وفى بغير المسـتحق وفقـا للمـادة ١٨٢ مدنـى التـى تقـول (يصـح اسـترداد غــير المسـتحق إذا كــان الوفــاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد أن تحقق .)

لأن زوال سبب الالتزام يكون بأثر رجعى فيعتبر كان لم يكن وقت الوفاء به.

■ ثانيــــا :-

أن يكـون المدين قـد قـام بالوفـاء فعلا وهـذا شـرط بديـهي لأن الـرد يفترض وفاءً مسبقًا بالالتزام غير المستحق - والوفاء إمـا أن يكـون بتنفيذ المدين تنفيذا عينيا أو ما يقوم مقام الوفاء كالمقاصة أو الإبراء أوغير ذلك.

■ ثالثــــا :-

اقتران الوفاء بغلط سواء أكان الغلط غلطا فعليا كسـداد الدين لشـخص أخـر غير الدائن الحقيقي . أم غلطا قانونيا كما لو اعتقـد أنـه ملـزم بسـداد الديـن المعلق على شرط واقف . وفى حالة عدم توافر الغلط كما لو وفـى الشـخص وهو يعلم أنه غير ملزم بالوفاء فلا يجوز لـه الاسترداد .

ولا يكلف طالب الاسترداد بإثبات الغلط لأنه مفترض ، ويتعين علـى الموفـى له إذا ادعى أن الوفـاء لـم يشـبه غلـط أن يثبت أن الموفـى كـان يعلم وقت الوفاء أنه يفي بغير المستحق عليــــه .

ولكن يستثنى من هذا الشرط (١) انه يجوز للمدين أن يسترد ما وفاه ولو لم يكن واقعا فى غلط وقت الوفاء وذلك فى ثلاث حالات وهى :

أ- إذا كان الالتزام مستحقا وقت الوفاء به ثم أصبح غير مستحق لزوال سببه بعد أن تحقق ذلك .

ب- إذا كان الموفى ناقص الأهلية لأنه يجوز له أن يبطل الوفاء بسبب نقص أهليته ويترتب على ذلك جواز استرداد ما وفاه .

جـ- إذا كان الموفى قد أكره على الوفاء مثل ما لو وفى الدائن دينه بمقتضى مخالصة تثبت هذا الوفاء . ثم فقدت منه المخالصة فاضطر الى الوفاء مرة ثانية حتى يتجنب التنفيذ الجبري على أمواله .

■ المطلب الثاني -

• أحكام رد غير المستحق :-

إذا توافرت الشروط اللازمة لرد غير المستحق التزم من استوفى ذلك بالرد غير أن أحكام الالتزام بالرد تختلف تبعا لحسن نية القابض أو سوئها ولذلك تنص المادة ١٨٥ مدنى على انه (إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم . أما إذا كان سيئ النية فإنه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والأرباح التى جناها أو التى قصر فى جنيها من الشيء الذى تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سئ النية . وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى) .

(١) د. لبيب شنب صـ٤٥٢

ومن هذا النص يتضح أن المشرع يفرق فى حكم قبض غير المستحق بين القابض حسن النية والقابض سئ النية .

• ولكن متى يكون القابض حسن النية ومتى يكون سئ النية ؟؟

يكـون القابض حسن النية إذا كـان يجـهل وقت القبض أن مـا يقبضـه ليس مستحقاً له ، ويظل الأمر كذلك إلى أن يعلم أن ما أخذه لم يكن مسـتحقا لـه . ومن وقت علمه يعتبر سئ النية . وبناء على ذلك يعتبر القابض حسن النيـة بالنسبة للوقت الذى مضى قبل علمه وسئ النية ابتداء من وقت العلم .

والأصل حسن النية إلى أن يثبت العكس ـ ولذلـك يقـع على عـاتق الدافـع إثبات سوء نية المدفوع له ـ لأنه يدعى خلاف الأصـــل .

■ حكم الشئ المقبوض فى حالة حسن النيـــة :-

• الشيء المقبوض قد يكون شيئا مثليا أو شيئا معينا بذاته .

أ- إذا كان المقبوض نقدا أو شيئا مثليا آخر فإنه يتعين على القابض فى حالــة حســن النيــة أن يرد ما أخـذه فقط ، فإذا كان المقبوض نقودا كا ١٠٠٠ جنيهـا مثلا : أو ١٠٠٠ دولار فإنـه يقوم برد المبلغ بغض النـــظر عـــن تغـــير سعـــر النـــقـــود -

ويرد أيضا مقدار الأشياء المثلية ككمية القمح أو السبائك المعدنية أو الأقمشة التى أخذها بلا سبب مشروع ولا يلتزم القابض أو الموفى له أو المدفوع له برد فوائد النقود وثمار الشيء لأنه حسن النية، فإذا ما طولب بالرد عن طريق دعوى لزمته الثمار والفوائد من تاريخ رفع الدعوى أو من وقت سوء نيته بعد علمه بأن ما تسلمه ليس مستحقا له .

ب- وإذا كان المدفوع شيئا معينا بذاته سواء كان عقارا أم منقولا فإن المدفوع له يلتزم برد هذا الشيء دون أن يلتزم برد ثماره ما دام حسن النية ولا يسأل القابض عن هلاك الشيء أو ضياعه إلا إذا كان بخطأ منه .

■ موقف القانون من النفقات التى قام بها القابض بالنسبة للعين :-

وهل يستطيع أن يستردها من الدافع أم لا ؟؟

إن المادة ١٨٠ مدني أجابت عن ذلك وفرقت بين ما إذا كانت هذه النفقات ضرورية أو نافعة أو كمالية .

أ- إذا كانت ضرورية فإنه يجوز للموفى له أن يطالب بها كلها لأنها حفظت الشيء من الهلاك ويجب على المالك الذى استرد ملكه فى هذه الحالة أن يدفع هذه النفقات للموفى له .

ب- النفقات النافعة يجوز للموفى له أو الحائز للشيء غير المستحق أن يطالب بها شريطة ألا يتجاوز قيمتها قيمة الفائدة التى عادت على صاحبها من ذلك وفقا للقواعد العامة للكسب غير المشروع ، وللموفى الخيار بين أن يدفع ما أنفقه الحائز وبين أن يدفع قيمة ما زاد فى العين بسبب هذه النفقات .

جـ- وإذا كانت كمالية فلا يجوز للحائز أن يطالب بشيء منها ولكن يجوز له أن ينزع ما قام به من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأصلية إلا إذا أراد المالك أن يستبقيها مع دفع قيمتها منزوعة .

■ حكم الشيء المقبوض في حالة سوء نية القابض :-

إذا كان القابضُ للشيء غيرَ المستحق سيئ النية فإنه يلتزمُ برد ما استوفاه مع ثماره وفوائده من يوم الاستيفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سيئ النية (١) والشيءُ الموفيَّ به إما أن يكون نقودًا أو شيئاً مثليا أو كان المدفوع شيئا معينا بذاتـــــه :

أ- فإذا كان المقبوض نقودا التزم القابض سيئ النية بردها مع فوائدهـــا بالسعر القانونى اعتبارا من تاريخ قبضها وإذا كان مثليا تعين عليـــه أن يردَّ مقدارَه أو شيئاً مثمرا التزم برده ورد ثماره التى أنتجهـــا أو قيمتها إذا استهلكت فضلا عن قيمة الثمار التى قصَّر فيها اعتبارا من يوم تسلمـــه للشـــيء .

ب- وإذا كان المقبوض شيئا معينا بذاته فإنه يجب على القابـــض أن يرده ويرد الثمار التى جناها منه أو التى قصَّر فى جنيها وفقا للمـادة ٩٧٩ مدنى التى تقول (يكون الحائز سيئ النية مسئولا من وقت أن يصبح سيئ النية عن جميع الثمار التى يقبضها أو التى قصَّر فى قبضها غير أنـــه يجـــوز أن يستردَّ ما أنفقـــه فى إنتاج هـــذه الثمـــار) .

وبناء على هذا إذا أنفق القابضُ أو المدفوعُ له على الشيء نفقات فلا يجوز له أن يطالب المسترد إلا الضروري منها . (٢)

---

(١) المادة ١/١٨٥ مدنى .
(٢) انظر المواد ٩٢٤ ، ٩٨٠ مدنى .

ويُسأل القابض عن هلاك الشيء ولو كان ذلك بسبب أجنبي عنـه إلا إذا اثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا فى يد مالكة . (١)

■ حكم الوفاء قبل حلول الأجل :-

إن المبدأ العام هـو التزام القابض برد غير المستحق على أساس ما أخذه من مالك الشيء الواجـب رده .

غير أن المشرع وضع أحكاما خاصة للوفـاء قبل حلـول الأجل ونـص علـى ذلك فى المادة ١٨٣ مدنى على انه :

١- يصبح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الدفع قد تم وفاء لالـتزام لـم يحل اجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل .

٢- على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسـبب الوفـاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الـذى لـم يحل أجله نقودا ، التزم الدائن بأن يرد المدين فائدتها بسعرها القانونى والاتفاقى عـن المـدة الباقيـة لحلـول الأجـل .

فالمشرع أجاز للدائن فى هذه الحالة وهو المدفـوع لـه قبل حلـول الأجل أن يستبقى محل الوفاء بدلا من رده على أن يـرد مـا أثـرى بـه بسـبب تعجيل الوفاء معتقدا أن الدين قد حل أجله ، شـريطة ألا يجـاوز ذلـك قـدر مـا لحـق المدين من ضرر [مثل ما لو اعتقد مقاول عن غلط أنه ملزم بتسليم البنـاء المتعاقد عليه قبل الأجل المتفق عليـه بسنـه وتحمل من جراء ذلـك نفقـات إضافية .

(١) انظر المواد ٩٨٤ ، ٢٠٧ مدنى

ثم قام بتسليم البناء قبل المدة المحددة ـ ففي هذه الحالة يجوز لصاحب البناء أن يحتفظ به ولا يرده للمقاول شريطة أن يعوضه عن ذلك ويرد له أقل القيمتين : قيمة النفقات الإضافية التى أنفقها المقاول لإتمام البناء قبل موعده أو قيمة إيراد البناء خلال سنة .

وإذا كان الدين الذى عجل الوفاء به مبلغا من النقود ولم يرد الدائن أن يرده الى المدين ، كان للمدين أن يطالب بما يغل الدين من فائدة ، بحسب السعر المتفق عليه أو بحسب السعر المقرر فى القانون إذا لم يكن ثمة اتفاق فى هذا الشأن . (١)

■ حكم الوفاء لناقص الأهلية :-

أيضا نجد المشرع وضع حكما خاصا لهذه الحالة حينما نص فى المادة ١٨٦ على انه (إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملزما إلا بالقدر الذى أثرى به أي بالقدر الذى انتفع به فعلا لا حكما .)

فالمشرع قرر هنا معاملة ناقص الأهلية المثري أو المدفوع له غير المستحق برفق ويسر حيث قصر التزامه بالرد على قدر ما عاد عليه فعلا من نفع . (٢)

وبناء على ذلك لو تبرع ناقص الأهلية بالعين المقبوضة فإنه لا يلتزم برد قيمتها ولو كان سئ النية لعدم النفع الحقيقى منها ، وإذا تصرف فيها بعوض أقل من قيمتها لا يلتزم إلا برد هذه القيمة للموفى ، ويعتبر ناقص الأهلية قد استفاد مما أخذه حتى ولو وفى به دينا عليه أو اشترى به شيئا نافعا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ صـ٤٥٢ .

(٢) م ق م ١٩٧٩/٣/١٥ فى الطعن ٤٥ لسنة ٤٦ ق

ولو هلك بعد ذلك أو قلت قيمته أو رَمَّ عقارا ولو هلك بعد ذلك ... الخ ويعتبر غير مفيد ما يبدده في الملاهي أو في لعب القمار - أو شراء أشياء ضـارة كالمخـدرات . (١)

■ متى تسقط دعوى رد غير المستحق ؟؟

تسقط هذه الدعوى بأحد سببين :-

• السبب الأول :

تجرد القابض حسن النية من سند الدين أو من تأميناته أو تركه دعواه تسقط بالتقادم .

ولذلك تنص المادة ١٨٤ مدني على انه (لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء .)

فالدعوى هنا تسقط بناء على هذا السبب إذا توافر الشرطان الآتيان : (٢)

أ- حسن نية الدائن بكونه يجهل الغلط الواقع فيه الموفي بأن يعتقد أن الموفي وكيل عن المدين الأصلي في الوفاء .

ب- أن يترتب على استيفاء الدائن أن يتجرد من سند الدين كتسليمه للموفي أو إتلافه أو إضاعته أو حرمان نفسه من التأمينات التي تتمكن دينة كرده الشيء المرهون لمالكه . أو عدم مطالبته للمدين الحقيقي بالدين الى أن ينقضي بالتقادم .

---

(١) د. سليمان مرقس صـ ٥٤٨ .

(٢) د. لبيب شنب صـ ٤٥٦ .

ولكـــن رغـم حرمان الموفى مـــــن الرجـــوع على الدائـــن فـى هـذه الحالات لا يمنع من رجوعه علـى المدين الحقيقـــي وفقـــا لقواعـــد الإثراء بـلا ســـبب ولقـــد آثر المشـــرع مصلحـــة الدائن الموفى له على مصلحة الموفى .

لأن الأول كـان حســـن النيـــة بخـــلاف الثانـــي فكـــان مقصرا بسـبب غلطه ولا يجوز للموفى إلا أن يرجع علـى المدين الحقيقى بدعوى الإثراء بلا سبب لأنـــه وفـــى عنه دينـــه .

• **السبب الثانـــي**

تقـــادم الدعـــوى :

تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء اقصر المدتين :

أ- **المدة الأولى** : ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد .

ب- **المادة الثانية** : إنقضاء خمس عشرة سنة تبدأ من اليوم الذى حصل فيـه الوفـــاء .

وقد قضت محكمة النقض بأن النـــص فـــى المـــادة ١٨٧ مدنـى علـى أن (تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد) وهذا يدل على أن العلم بالحق فى الاسترداد والذي يبدأ بـه سريانه للتقـادم الثلاثـي يسـتلزم تحقق علم طالب الاسترداد بواقعة الدفع الحاصل من الغير ... الخ (١)

---

(١) م ق م فى ٧٧/١٢/١٣ - فى الطعن رقم ٧٠٨ سنة ٤٤ ق
" " " " ٧٥/١٢/١٠ -٢٦ - ١٦١٨ .
" " " " ٧٤/٦/٦ -٢٥ - ١٧٤
" " " " ٧٨/٢/٢٢ -٢٦٢ سنة ٤٤ ق

المبحث الثانى
الفضالـــــــة

• تعريفهـا :-

الفضولي لدى العرب هو من يشتغل بما لا يعنيه ، أو بما ليس لـه ، وعملـه هـذا يسمى فضالة . لأنـه هو الشخص الذى يتفضـل بالقيـام بعمل لغـيره .

فالفضالـة فيهـا افتقار للفضولي يقابلـه إثراء للمتفضـل عليـه (رب العمـل) دون سبب يسـوغ افتقار الأول أو إثراء الأخـر . فاجتمع فيهـا كـل أركـان الإثـراء بلا سـبب ولـذلك عدهـا المشـرع من تطبيقاتــه .

غـير أن نطاق تطـبيق الفضالـة أضيـق من نطاق تطبيق الإثـراء على حسـاب الغـير ، ما يترتب عليهـا مـن التزامـات اشد مما يترتب علـى مجـرد الإثـراء .

ولـذلك عرفهـا المشرع فى المـادة ١٨٨ مدنـى بقولـه (أن يتولـى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص أخر ، دون أن يكـون ملتزمـا بذلك)

مثل الشخص الذى قام بترميم منزل جاره الذى أل الى السقوط أثناء غيـاب صاحبـه .

والفضولي لدى علماء الشريعة الإسلامية هـو : من يتصرف في شئون غيرة من غير أن يكون لـه ولاية إصدار هذا التصرف . كبيع مال غيره أو تأخيره أو ترميمه دون ولاية شريعة عليه أو وكالة صادر منه. (١)

■ مشروعية الفضالة في الشريعة والقانون :-

إن الفضالة بلا شك مشروعه في القانون شريطة أن تتوافر شروطها التي سنبنيها فيما بعد بخلاف الشريعة الإسلامية فان فقهاءها قد اختلفوا في شرعيتها على قولين :

القول الأول : يرى الحنفية والمالكية واحمد بن حنبل في إحدى الراويتين عنه(٢) بأنها مشروعه ويكون التصرف صحيحا شريطة أن يكون المتصرف أهلا للتصرفات وأن يكون المحل قابلا في ذاته للتصرف ولكنه لا ينفذ من وقت صدوره من وقت إجازة صاحبه وهو من صدر التصرف لأجله لأنه تصرف موقوف أن أجازه نفذ وان رده بطل .

فالإجازة بلا شك لها أثرها في العقد وفي نفس الفضولي لأنها تؤثر في نفس الفضول ، فتجعله وكيلا من قبل إنشاء العقد وكأن المجيز قد وكّل به قبل مباشرته ، ولذلك جاء الفقه الإسلامي ، أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

---

(١) د. محمد شلبي - المدخل لدراسة الفقه الإسلامي صـ ٣٥٤ .
(٢) انظر فتح القدير جـ٥ صـ ٣٠٩ ، بداية المجتهد جـ٢ صـ ١٥٠ ، والفروق للقرافي جـ٣ صـ ١٨٣ ، كشاف القناع جـ٣ صـ١٢ .

وبهذا اخذ القانون المدني المصرى حينما نص في المادة ١٩٠ على أن (تسرى قواعدُ الوكالة إذا أقر ربُّ العمل ما قام به الفضولي) وبهذا يترتب على هذه الوكالة الجديدة ما يترتب على الوكالة السابقة في التصرف .

• والقائلون بشرعية الفضالة استدلوا على ذلك بالآتي :-

١- أن النبي صلى الله علية وسلم أعطى لحد أصحابه (عروة البارقى) دينارا وقال له (اشتر لنا من هذا الجلب شاة) فقال فاشتريت شاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار فقلت يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم فقال الرسول " ص " (اللهم بارك فى صفقة يمينه) .

ووجه الدلالة من هذا أن عروة لم يكن موكلا إلا بشراء شاة واحدة ، فشراؤه الثانية وبيعة لها كان بدون توكيل وهذا هو عمل الفضولي . ولم يعترض الرسول (ص) بل اقره ، وإقراره دليل على مشروعيته ونفاذه بموافقته صاحب للشأن . (١)

٢- إن التصرفات قد شرعت لتحقيق مصلحة . وتصرف الفضولي إن لم يكن فيه مصلحة فلا ضرر فيه . لأنه قام بمصلحة عاجلة قد تفوت على رب العمل والمفروض انه عاقل والحكمة تقضى بعدم إهدار كلام العقلاء . ومراعاة لذلك قالوا بان تصرفه موقوف على إجازة رب العمل فإن رأى فيه مصلحة له أقره وإلا ألقاه دون حرج أو مشقته . (٢)

---

(١) فتح القدير جـ٥ صـ ٣٠٩ .
(٢) د. محمد شلبى صـ٣٥٧ .

٣- وقد استدلوا أيضا بعموم الآيات التي وردت في حل البيع وصحته بلا استثناء سواء كان العاقد فضوليا أم لا . وهذه الآيات هي :

قوله تعالى (يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) . (١)

وقوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) . (٢)

وقوله تعالى (فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله .. الخ) . (٣)

٤- واستدلوا بقول علاء الدين الكاساني (شرع سبحانه وتعالى البيع والشراء والتجارة ابتغاء الفضل ؟ من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة ، وبين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء ، أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء ، وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده ، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل) (٤) .

• **القول الثاني :** يرى الإمام الشافعي في مذهبه الجديد والحنابلة في ارجح الروايتين عندهم(٥) أن الفضالة غير مشروعة وتصرف الفضولي يكون باطلا من البداية ولا اثر للإجازة من رب العمل لأنها تؤثر في عقد موجود وهذا التصرف لا وجود له ولد ميتا فلا تحييه الإجازة وإذا رغب من له مصلحة في التصرف فعلية أن يقوم به من جديد .

---

(١) سورة النساء الآية ٢٩ (٢) سورة البقرة الآية ٢٧٥

(٣) سورة الجمعة الآية ١٠ (٤) البدائع للكاساني جـ٥ صـ١٤٩

(٥) نهاية المحتاج جـ٣ صـ ٢٣ . وكشاف القناع جـ٢ صـ١٢ . شرح المنهج وحاشية البجرمي عليه جـ٢ صـ١٨٧ ، مغني المحتاج جـ٢ صـ١٥ . ويقول في كشاف القناع (فإن باع ملك غيره بغير إذنه ولو بحضرته وسكوته لم يصح البيع ولو أجازه المالك بعد لفوات شرطه . الخ) .

• **واستدلوا على قولهم بدليلين :**

■ **أولهما :-** قالــوا بأن تصــرف الفضولي تصرف فيما لا يملكه . وهذا منهي عنه والنهى يفيد عدم مشروعية المنهي عنه عندهم بدليل حديث حكيم بن حزام القائل : سالت رســول الله يومـــا فقلت لـــه يأتيني الرجــل يسألنـــي من البيــع ما ليس عنـــدي أبتـــاع لـــه مـــن الســـوق ، ثـــم أبيعـــه منــــه قـــال (لا تبـــع مـــا لـيس عنــدك) أي لا تبــع مـــا ليس مملـــوكاً لك والفضولـــي يتصـــرف فيمـــا ليس مملوكـــا لـــه قياســـا على البيـــع.

ولكن يرد على ذلـك : بـأن هـذا الحديث لا يـدل علـى إبطـال تصـرف الفضولى لأنه وارد فى تصرف الإنسان لنفسه ، فلو باع الشخص شيئا ليس عنده ربما لا يجده فيعجز عن تسليمه وحينئذ . يكون قد غـــــرر بصاحبة .

■ **ثانيهما :-** قالـــوا بأن العقد لا يوجـد شرعا إلا إذا كان العاقد له ولاية إصداره بكونه مالكا أو نائبا عن غيره . فالولاية كالأهليـة فكما لا يوجد العقد من فاقد الأهلية لا يوجد من فاقد الولاية .

ولو كان كامل الأهلية في نفسه (لأن الانعقـاد معنـاه الارتبـاط بين كلامي العاقدين بحيث تترتب علية أثاره شرعـا وانه يحمل فى طيه تعهد كل منهما بتمكين الأخر من أحكام العقد كاملة ، والفضولي لا يمكنـه ذلـك (١) ولتوقـف صحة العقد كاملة على الولايـة قـالوا (إن عقـود الصبـى المميز ومـن فـى حكمـــه كلهـــا باطلـــة .

ولكـــن يـرد علـى ذلك بـــأن الفضولى بمجـــرد أجازه التصـرف مـــن صاحب الشان فإنه يأخذ حكم الوكيل لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

---

(٢٠٨) المدخل للفقه الإسلامي صـ ٣٥٦ السابق .

ونحـــن نميل إلـى الرأي الأول القائل بمشروعيـــة الفضالـــة لقـــوة أدلتهم وسلامتهـا مـن المعارض وبه أخذ القانون المدني المصري.

• ونص على أحكامها في المواد ١٨٨-١٩٧ مدني.

وبعد هـذه المقدمـــة في تعريـف الفضالـــة ومشروعيتهـا نريـد أن نبين أركانها وشروطها وأحكامها في مطلبين:

المطلب الأول : شروط الفضالة أو أركانهـــا فـــي القانـــــون

أولاً : يجـب لتحقـق الفضالة أن يقوم الفضولي بشـأن عاجـل لحسـاب شخص آخر. أي عملاً ضرورياً لرب العمل فلا يكفي أن يكون نافعاً أو مفيـداً (١) والعمل الضروري إمـا أن يكون قانونياً كما لـو باع شخص محصول جاره خوفاً من تلفـــه (٢) وإما أن يكون عمـــلاً مادياً كأن يجني لرب العمل محصول القطن خوفاً من التلف أو يقوم بإصلاح جدار آيل للسقوط في منزل شخص غائب وبإطفاء حـريق شبت فيـــه.

ثانياً: يجب أن يقصد الفضولي في قيامه بالأعمال العاجلة مصلحـــة رب العمل(قصد التفضل) وهذا القصد هو الفارق بين الفضالة والإثراء بلا سبب لأن الفضولي شخص خيِّر لا يعمل لمصلحـة نفســـه بل لمصلحة المتفضَّل عليه والعبرة في (٣) ذلك بقصد الفضولي وقـت

---

(١) فإذا كان نافعا أو مفيدا لم يحرم من الجزاء على ذلك كلية بل تطبق قواعد الإثراء في هذه الحالة .

(٢) د/ مختار القاضى صـ ٢٠٨ (٣) د/ سليمان مرقس صـ ٥٥٨ .

تدخلــه في شئون المتفضل عليــه فإذا كانت النيــة في بادئ الأمر العمل لمصلحة رب العمل وحده تحققت الفضالة حتى ولو عاد على الفضولي نفع ثانوي من عمله.

أما إذا كانت نيــة المتدخل العمل على مصلحــة خاصــة بــه وحــده فــلا فضالـــة حتـــى ولـــو عـــاد عملــــه بنفع على شخص أخــر.

مثل ما لو قــام المستعير بالإصلاحات الضروريــة فــي العين المستعارة حتـى يتمكن من مداومــة الانتفــاع بـها وكذلك قيام المستـأجر فـي العيـن المؤجرة بترميمات لازمة لانتفاعه فترتب عليها إثراء للمالك فلا يجوز الرجوع على رب العمل إلا بدعوى الإثراء.

وتتحقق الفضالة ولو كان الفضولي فــي أثنــاء توليــه شــأنا لنفســه قد تولـى شأن غيره لمـا بين الشــأنين مـــن ارتبــاط لا يمكـــن معــه القيام بأحدهمـا منفصلا عن الأخـــر (١) مثل ترميم أحد الشركاء المنزل الشائع فأنــه لا يستطيع أن يفصل بين المصلحتين للقيام بـهما فـي وقت واحد. أو يقـوم بإدارة المال الشائع (٢) ومتى وجد قصد المتفضل لدى المتدخل اعتبر عملـه وفقا للرأي الراجح فضالة حتى ولو كان واقعا في غلط في شخص المتفضل عليه كما إذا اعتقد الفضولي أنه يعمل لمصلحة شخص معين فـإذا بـه يعمل لمصلحـــة شخـــص أخـــــر.

إذن العبرة بقصد المتفضل بغض النظر عن شخص المتفضل عليـه.

---

(١) المادة ١٨٩ مدنى .
(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية .

ثالثاً: ألا يكون الفضولي وكيلاً في القيام بالأعمال العاجلة أو ملتزماً بها أو منهيا أو عنها، فإذا كان كذلك فلا يعتبر متفضلاً بعمل لغيره بل مديناً يوفي بالتزامه.

(وعلى هذا الأساس لا يعتبر فضوليا من يكون ملتزما بتولي شأن الغير، بمقتضى عقد كالوكيل أو بمقتضى أمر من المحكمة كالحارس أو بمقتضى نص في القانون كالوصي .) (١)

وإذا تولى شيئا منهيا عنه من رب العمل وتدخل فيه فلا يكون فضوليا بل يرتكب خطأ يستوجب مسئوليته إذا ترتب على تدخله ضرراً لرب العمل ولا يرجع إلا بدعوى الإثراء بلا سبب إذا عاد تدخله بالمنفعة على رب العمل. (٢)

وفيما تقدم يمكن القول بأن الفضالة تتوفر في حالتين: (٣)

الأولى: حالة قيام الفضولي بالعمل دون علم صاحب الشأن .

الثانية: حالة وقوف رب العمل موقفا سلبياً رغم علمه بالعمل الذي يقوم به الفضولي : لأنه لم يكلفه بعمل شئ ولم ينهه عنه.

■ **هل يشترط توافر الأهلية لدى الفضولي ؟؟؟**

إذا توافرت الشروط السابقة للفضالة فانها تتحقق دون أن يكون الفضولي بالغاسن الرشد ولكن يجب أن يكون مميزا لاشتراط توافر قصد العمل لحساب الغير. ولذلك تنص المادة ١/١٩٦ على أنه (إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد فلا يكون مسئولا عن إدارته إلا بالقدر الذي أثرى به ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ صـ ٤٨٢ .

(٢) د/ جمال زكى صـ ٢٥٥

(٣) د/ لبيب شنب صـ ٤٦٠

المطلب الثاني

أحكـام الفضالـــة

إذا توافــرت شروط الفضالة وتحققت تولدت عدة التزامات في جـانب كل من الفضولي ورب العمل دون اشتراط اتجاه إرادتها للفضالة لا صراحة ولا ضمناً.

أولاً: التزامات الفضولي :

يلتزم الفضولي بعـــدة التزامـــات هـــي :

أ- أن يمضي الفضولي في العمـل الذي بدأه إلى أن يتمكـن رب العمـل مـن مباشرتـــه بنفســه . (١)
ولإنهاء الفضالة يجب عليه أن يصل بالأعمال التى بدأها الى حالة لا تتعرض بها للتلف .

ب- يجب على الفضولي أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطـاع ذلك (٢) ومتى أقر رب العمل الفضالة انقلب الفضولي وكيــلا والتزم رب العمل بالتزامات الموكـــل.

جـ- أن يبذل الفضولي في القيام بعمله عناية الشخص العادي (٣) فيكـون مسئولا عن خطأه ومـــع ذلك (يجـوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب على هـذا الخطــا إذا كانت الظـروف تبرر ذلك) . (٤)

---

(١) د. مختار القاضى صـ ٢١٠
(٢) المادة ١٩١ مدنى
(٣) " ١٩٢ "
(٤) " ١٩٣

د - أن يقدم حسابا لرب العمل وأن يرد إليه ما استولى عليه بسبب الفضالة. مثل ما لو انهدم جدار الجار وهو غائب فقام الجار بإصلاحه وجب عليه أن يرد له مخلفات الجدار .

هـ - إذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب. (١)

ومسئولية الفضولي عن خطأه أو خطأ نائبه أمام رب العمل لا تمنع مسئوليته أمام الغير إذا ارتكب في حقه خطأ وهي مسئولية تقصيريه.

و- (إذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسئولية(٢) ولكن يجب أ لا تأخذ بالنص على إطلاقه بل يجب أن يكون بين هؤلاء الفضوليين اتفاق أو شبه اتفاق على القيام بالعمل معا وإلا إنعدمت الفضالة . (٣)

ثانيا: التزامات ورثة الفضولي :- (٤)

- يلتزم ورثة الفضولي بالتزام الفضولي نفسه بشرطين :

١- أن تتوافر فيهم الأهلية اللازم توافرها في مورثهم .
٢- أن يكونوا على علم بالفضالة.

فإذا توافر في الورثة هذان الشرطان وجب عليهم أن يبادروا إلى إخطار رب العمل بموت مورثهم . وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه ظروف الحال لصالح رب العمل .

---

(١) م ٢/١٩٢ مدنى
(٢) م ١٩٢ "
(٣) د. مختار القاضى صـ ٢١٠
(٤) د " " صـ ٢١١

ثالثا: التزامات رب العمل :-

تتولد عدة التزامات أيضا بالنسبة لرب العمل وأساسها اعتبار(الفضولي نائبا عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة) (١) والالتزامات هي :

أ- ينفذ رب العمل التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه كالعقود. (٢) التي عقدها مع المقاولين والموردين وغير ذلك .

ب- يلتزم بتعويض الفضولي عن التعهدات التي التزم بها (٣) إذا كان قد نفذها فعلا فإذا كان الفضولي قد وفى دينا وجب على رب العمل أن يعوضه عن هذا الوفاء .

جـ- يلتزم برد النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها.

د - يلتزم رب العمل بتعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل كما لو أصيب إصابة بسبب هذا العمل.

هـ - لا يستحق الفضولي أجرا على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته وتبقى مسئولية رب العمل كاملة - ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد .

و- إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي أصبح الأخير وكيلا عنه وتسري قواعد الوكالة. (٥)

---

(١) م ١٩٥ مدني .

(٢) م ١٩٥ " .

(٣) م ١٩٦ " .

(٤) م ١٩٥ "

(٥) م ١٩٠ " .

■ موقف الشريعة بالنسبة لطرفي عقد الفضولي :-

ما سبق يتضح بأن عقد الفضول في الشريعة غير لازم بالنسبة للمنعقد لأجله فله حق الخيار في إمضائه أو إبطاله فيجوز لصاحب الشأن أن يجيزه - والإجازة لها شرطان :-

المتعاقد عليه

وقت العقد

• **الشرط الأول:** أن يكون للعقد الصادر من الفضولي مجيز حين الوقت وتكون هذه الإجازة اللاحقة كالإذن أو الوكالة السابقة.

الإجازة   الإجازة

• **الشرط الثاني:** أن تصدر حال بقاء محل العقد - أن تكون ممن له إنشاء هذا العقد - أن تكون في حياة من تعاقد مع الفضولي وأن تصدر حالة حياة الفضولي لأنه سينقلب بها وكيلا .

أما بالنسبة للعاقد الثاني الذي تولى العقد مع الفضولي فله الحق في فسخه قبل إجازة الطرف الأخر المعقود له لأنه عقد لم يتم.

بل صدر منه موقوفا على رضا الأخر - وأيضا الفضولي له الحق الفسخ قبل الإجازة في عقود المفاوضات المالية.

▪ ما هـو الفرق بين دعـوى الفضالة ودعـوى الإثراء ؟؟ :

بالمقارنة بينهما يتضح للقارئ بأن هناك فروقا أربعة وهي :-

١- جعل المشرع قصد الفضولي ركنا تقوم عليه دعـوى الفضالـة بخلاف الإثراء حيث اكتفى بالنتيجة المادية. فالمعيار في الأولى يتضمن عنصرا شخصيا بخلاف الثانية فأنه مادي بحت.

٢- يلتزم رب العمل بتعويض الفضولي بالشروط التي أوضحناها بخـلاف دعوى الإثراء لأنه لا يلتزم إلا في حدود إثرائه.

٣- يرتب القانون الالتزامات على الفضولي بينما يرى أن من افتقـر في دعوى الإثراء لا يلتزم بشيء قبل من أثرى.

٤- لا يستحق الفضولي في دعوى الفضالة أجرا على عملـه الشخصي إلا أن يكون من أعمال مهنته بخلاف دعوى الإثراء.

• الفرق بين الفضالة والوكالة:- (١)

١- لا تنشأ الفضالة عن عقد بخـلاف الوكالـة فإن أساسهـا العقـد.

٢- لا يلتزم رب العمل بتعويض الفضـولي إلا بالمصـاريف الضروريـة والنافعة ، أما الموكل فيلتزم بدفع جميع المصاريف التي أنفقهـا الوكـيل في القـيام بوكالتــه.

٣- اذا توفي الموكل فإن التوكيل يسقط من تلقاء نفسه بخلاف الفضولـي فإن ورثته ملتزمـين مـن بعـده.

٤- تسري فوائد المبالغ التي دفعها الفضولي من يوم دفعها خلاف الوكالة فإنهـا تخضـع للقواعـد العامـة لسريان الفـوائد.

٥- إذا كانت الوكالـة تبرعيـة فـلا يلـتزم الوكـيل إلا بالقيام بما يقـوم بـه من العناية في أعماله الخاصـة - أما في الفضالـة فالقـياس الموضوعـي فهـو عناية الرجـل المعتاد.

■ متى تسقط دعوى الفضالـة :-

تنص المـادة ١٩٧ علـى أن (تسقـط الدعـوى الناشئـة عـن الفضالـة بانقضـاء ثلاث سـنوات مـن اليـوم الذي يعلـم فيـه كل طـرف بحقـه. وتسقـط كذلـك فـي جميـع الأحوال بانقضـاء خمـس عشـرة سنـة من اليوم الذي ينشأ فيه الحق) .

• وبناء على ذلك فإن دعوى الفضالة تسقط بانقضاء أقصر مدتين:-

الأولى:- ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه صاحب الحق بحقـه .

الثانيـة:- خمس عشرة سنـة مـن اليوم الذى ينشـا فيـه هذا الحـق .

المصدر الخامس للالتزام

﴿ نص القانون ﴾

أن القانون في الواقع يعتبر مصدرا لجميع الالتزامات سواء أكانت ناشئة في الأصل عن عقد أو إرادة منفردة أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب لأن القانون هو الذي نظم هذه المصادر- وبين حدودها بنصوص قانونية ولذلك يعتبر مصدرا غير مباشر - وقد يكون القانون مصدرا مباشرا للالتزام ومعنى ذلك أن الالتزامات التي نص عليها القانون ليست وليدة الإرادة ولا جزاء على عمل غير مشروع- ولا هي نتيجة لإثراء على حساب الغير بل نشأت مباشرة من نصوص قانونية- كالالتزام بالنفقة بين الأقارب والالتزام مع الضرائب والتزامات الجوار- وقواعد الوصاية والولاية على المال والالتزام بتقديم كفالة والالتزامات التي رتبها القانون على الزواج كالبنوة والنسب وغير ذلك من الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها. (١)

- ومن التطبيقات المستمدة من أحكام محكمة النقض ما يلي :-

أ - الالتزام بالتعويض عند الاستيلاء عن العقار دون اتباع الإجراءات القانونية ، فالقانون هو المصدر(٢) المباشر للالتزام بالتعويض في هذه الحالة لا العمل غير المشروع .

ب- الالتزامات الناشئة عن العلاقة التنظيمية التي بين الدولة والهيئات العامة وبين موظفيها فقد قضت بأن (علاقة الموظف بالدولة هي رابطة قانونية تحكمها القوانين واللوائح المعمول بها بشأن الوظيفة ...) . (٣)

جـ - التزامات النواب عن عديمي الأهلية أو ناقص الأهلية مصدرها القانون وقد حكمت بذلك محكمة النقض . (٤)

---

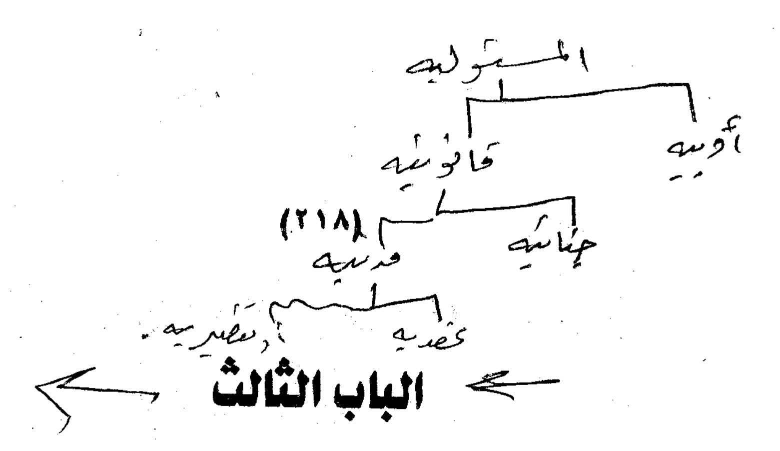
(١) ١٩٨ مدني .

(٢) م ق م ١٩٧٧/٤/٢٧ طعن رقم ٦٢١ سنة ٤٣ ق ٢٢ - ١٠٦٧

(٣) م ق م ٢٠-٩١٤-١٢ /١٩٦٩/٦

م ق م ٢٨-١٩٨٢ - ١٩٧٧/٤/١٩ في الطعن رقم ٤٢ سنة ٤٠ .

(٤) م ق م ٢٧ - ١٧٢١ - في ١٩٧٦/١٢/٨ .



الباب الثالث

العمل غير المشروع « المسئولية التقصيرية »

« المصدر الثالث »

تمهيد : في التعريف بالمسئولية وأنواعها :-

المسئولية معناها تعويض الضرر الناشئ عن عمل غير مشروع سواء كان هذا العمل الغير مشروع هو الإخلال بعقد قد أبرم أو الإضرار بالغير عن عمد أو غير عمد/ ولو نظرنا إلى المسئولية لوجدناها تتنوع إلى أنوع مختلفة. فقد تكون المسئولية أدبية أو قانونية والأخيرة تتنوع إلى نوعين جنائية ومدنية والأخيرة تتنوع إلى نوعين عقدية وتقصيرية واليكم بيانا بأنواع المسئولية ونطاق كل نوع وخصائصه. وأركان المسئولية والأحكام العامة لها وأحوال المسئولية الناشئة عن فعل الغير وعن الأشياء.

الفصل الأول

« أنــواع المسئوليــة »

أولا : المسئوليــة الأدبيــة - والمسئوليــة القانونيــة .

ومما لا شك فيه أن دائرة الأخلاق أوسع نطاقا من دائرة القانون لأنها تشمل على سلوك الإنسان نحو خالقه ونحو نفسه ونحو غيره بخلاف دائرة القانون تقتصر على سلوك الإنسان نحو غيره .

وفضلا عن ذلك فإن القانون لا يهتم إلا بتنظيم السلوك الخارجي للإنسان ولا شأن له بالنوايا ما دامت لم تظهر إلى الخارج ، فإذا أخل الإنسان بقاعدة أخلاقية كان مخطئا أدبيا واعتبر مسئولا عن هذا الخطأ بمجرد قصده ما يخالف القاعدة الأخلاقية مسئولية أدبية.

وهذه المسئولية تستوجب جزاءا أدبيا كالتوبيخ والاستنكار أو دينيا لا دخل فيه للقانون ولا للدولة .

■ **المسئولية القانونية:** هي التي تتمثل في الشخص الذي ارتكب فعلا تسبب في أضرار الغير- فتستوجب مؤاخذة القانون له والجزاء القانوني في الغالب يكون عقوبة توقع على المخالف في القاعدة القانونية .

ثانيا: المسئولية القانونية :

- نوعان : جنائية - مدنية

• فالمسئولية القانونية : قد تكون جنائية أو مدنية أو هما معا

ففي الحالة الأولى: يكون الشخص الذي ارتكب فعلا ضارا يكون مسئولا أمام الدولة باعتبارها ممثلة للمجتمع وجزاءه عقوبة توقع عليه باسم المجتمع جزاءا له ورادعا لغيره وتتولى النيابة إقامة الدعوى عليه أمام المحاكم الجنائية وتقوم الدولة بتنفيذ العقوبة فيه بما لها من عمال تابعين للسلطة التنفيذية على أن تراعي المبدأ الأساسي القائل لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

أما الحالة الثانية : المسئولية المدنية: يكون الشخص قد أخل بالتزام مقرر في ذمته وترتب على ذلك ضرر للغير. ويكون مسئولا عنه ملتزما بتعويضه عما لحقه من ضرر. ويعتبر التعويض حقا مدنيا خالصا للمضرور فله وحده حق المطالبة به .

■ التفرقــة بينهمـــا:-

• ويتضـح الفـرق مـــن هـــذه الأمـــور :-

أ- من حيث سبب المسئولية: فالمسئولية الجنائية سببها الفعل الضـــار بالمجتمع- والأخرى سببها الفعل الضار بمصالح الفرد أو أفـــراد.

ب- من حيث أساس المسئولية : ففي المسئولية الجنائية مخالفـة واجـب قانوني نـص عليـه قانون العقوبات . أما المسئوليـة المدنيـة فأساسها إخلال بأي واجب قانوني سواء نُص عليه أم لم يُنص .

جـ - من حيث دعوى المسئولية والاختصاص بها :
فإن الدعـوى الناشئـة عـن المسئوليـة الجنائيـة دعوى عمومية تباشرهـــا النيابة العامة عن الدولة ويختص بها المحاكم الجنائيـة بخلاف الدعوى المدنية فأنها دعوى خاصة يملكها المضرور وحده. وتختص بها في الأصل المحاكم المدنية ويترتب على ذلك أنـــه لا يجوز النزول عن الدعوى العمومية بعد رفعها ولا الصلح في شأنها بخـلاف الدعـوى المدنيـة فأنــه يجـوز فيهـا ذلك.

د- من حـيـث الجـزاء: فأنه في المسئولية الجنائية عقوبة جنائية ولو كانت غرامة مالية.
بخـلاف المسئوليـة المدنيـة فالجـزاء فيها إلزام المسئول بتعويـض الضرر تعويضا ماليا في الأصل.

وليس بين المسئوليتين تنافر . فيجوز نشوءهما معـا مـن فعل واحـد إذا أضـر ذلك الفعل بـالمجتمع وببعض الأفراد كمـا فـي الرشـوة وتزويـر الأوراق الرسمية وتعطيل المواصلات. وإذا كان الفعل ضارا بالأفراد فعلا اعتـــبره

المشرع ذا خطر بالنسبة إلى المجتمع فنهى عنه وفرض عليه عقوبة جنائية كما في القتل والسرقة والنصب والسب. وحينئذ يكون الفاعل مسئولا جنائياً ومدنياً. وتتولى النيابة العمومية الدعوى الجنائية، ويتولى المصاب الدعوى المدنية.

ولا يخلو اجتماع المسئوليتين ونشوئهما عن فعل واحد في هذه الحالات في التأثير بالقواعد الخاصة بكل منها... (١)

١- فمن حيث الاختصاص، يجوز رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية كي تفصل فيها مع الدعوى العمومية.

٢- ومن حيث سلطة المحاكم وحجية الأحكام، فإن المشرع قد زود المحاكم الجنائية بسلطة في تحري الحقيقة أوسع كثيراً من سلطة المحاكم المدنية واعتبر ما تقرره المحاكم الجنائية من حقائق قضائية أقرب إلى الحقائق الواقعية مما تقرره المحاكم المدنية. فجعل لحكم المحكمة الجنائية حجية في الدعوى المدنية بما أثبتته وكان إثباته ضرورياً للفصل في الدعوى العمومية. ولم يجعل لحكم المحكمة المدنية أي حجية في الدعوى العمومية.

٣- ومن حيث السير في نظر الدعوى العمومية تعين وقف الأولى حتى ينظر في الثانية.

٤- ومن حيث التقادم فإن التقنين المدني قد اعتبر أن بين الدعوتين المدنية والجنائية تلازماً رتب عليه عدم تقادم الأولى ما دامت الثانية لم تتقادم أي أنه جعل الدعوى المدنية تستفيد من عدم تقادم الدعوى الجنائية ولا تضار بتقادمها (المادة ١٧٢).

---

(١) د/ سليمان مرقس صـ٢٣٠ نقلا عنه .

ثالثــا : المسئولية المدنية نوعــان

« عقدية وتقصيريــــــــة »

لقد جرى الفقه الوضعي على تقسيم المسئولية المدنية - الالتزام بالتعويض جزاء إخلال بالتزام سابق- تقسيما تقليديا إلى نوعين:

« عقديــــة و تقصيريــــة »

• **فالعقديــــة:**

هي التي تنشأ عن الإخلال بالتزام عقدي أو هي التي تترتب على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد كمسئولية البائع عن عــدم تسليم المبيع في الزمان والمكان المتفق عليهما، ومسئوليــــة البائع الـذي يتصرف في المبيع بعد البيع عن عدم نقل ملكيته إلى المشـتري، ومسئوليـة المقاول عن التأخر في إقامــة البنــاء الذي تعهد ببنائه عــن الميـعاد المتفــق عليــه.

• **والمسئولية التقصيرية:**

وفقــا لتعبير الفقــه المصــري (١) هــي التي تنشأ عن الإخلال بالتزام فرضه القانون كمسئولية قائد السيارة الذي يقودها دون حيطــة ، فيصــيب إنســانا أو يتلــف مــالا.

وقــد ذهــب كثــير مــن فقهــاء فرنســا إلــى أن المســئوليتين متميزتان في طبيعتهما وفــي أحكامـهما ، وذهـب فريق أخر إلـى أن طبيعة المسئولية - واحدة وأن أساسها في كلتا الحالتين الإخلال بـالتزام سـابق فلا محل لمغايرة أحكامهما بين حالة وأخرى وقد أثارت هذه المسألة جدلا كبيرا بين أنصار تعدد المسئولية - وأنصار وحدة المسئولية- وكانت ثمرة هذا الجدال هي أن المسئوليتين متحدتـان طبيعـة وأساسا . ولكن يجب التمييز بينهما ببيان أهــم الفـرق بين المسـئوليتــين.

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكى صــــ٢١٢ .

• المقارنة بين المسئولية العقدية والتقصيرية :

بينا بأن المسئولية العقدية تتوافر إذا أخل الشخص بالتزام نشأ من عقد كان طرفا فيه. وتتحقق المسئولية التقصيرية إذا أخل شخص بالتزام غير تعاقدي هو عدم الأضرار بالغير إذن لابد من وجود رابطة تعاقدية سابقة بين طرفين (دائن ومدين) حتى تتحقق المسئولية التعاقدية. بخلاف المسئولية التقصيرية فإنه لا يشترط بوجود رابطة ما قبل تحقق المسئولية بين دائن ومدين بل كل من الطرفين من الغير بالنسبة للآخر والمسئولية التعاقدية مثل تعرض البائع للمشتري في العين المبيعة فيكون مسئولاً عن هذا التعرض بمقتضى عقد البيع وتتحقق المسئولية هذه لأن البائع قد أخل بالتزام نشأ من عقد البيع هو الالتزام بعدم التعرض.

أما التقصيرية كتعرض شخص لأخر أجنبي عنه في عين مملوكة له فإن المتعرض يسأل عن هذا التعرض بناء على العمل الغير مشروع. وهذه المسئولية تتحقق لأن المتعرض قد أخل بالتزام قانوني هو ألا يضر بالغير.

• وبعد ذلك يمكن التمييز بين هذين النوعين بما يأتي : (١)

١- التعويض يختلف مداه بالنسبة لكلا المسئوليتين : فالتعويض في العقدية لا يشمل إلا الضرر المباشر متوقع الحصول بخلاف التعويض في التقصيريه فإن المسئول فيها يسأل عن كل الأضرار التي نشأت عن العمل غير المشروع أي عن كل ضرر مباشر سواء كان الضرر متوقع الحصول أم غير متوقع الحصول وفقاً للمادة ٢/٢٢١ مدني .

---

(١) د/ السنهورى الوجيز صـ ٣١٥

د/ سليمان مرقس صـ ٢٣٢

د/ لبيب شنب

٢- الأهليـــــة : يشترط في المسئوليــة العقديــة الأهليــة الكاملة أما المسئولية التقصيرية فأنه يكفي فيها مجرد التمييز (١)

٣- عبء الإثبات : يتحمل المدين عبء الإثبات في المسئولية التعاقديــة وما على الدائن إلا أن يثبت وجود العقد ـ وعلــى المدين أن يثبت انــه قام بتنفيذ ما التزم به بمقتضى هذا العقد بعكس المسئولية التقصيرية: فالدائن هــو الذي يثبت ان المدين قد خــرق التزامـــه القانوني وأتى بعمل ضـــــار.

٤- التضامـــن : في المسئولية العقدية لا تضامن إلا إذا اتفق على ذلك فــي العقد.(٢) بخلاف المسئولية التقصيرية: فأنــه إذا تعــدد المسئولــون كانــوا متضامنين فــي التزامهم بدفع التعويض بمقتضى القانــون. (٣)

٥- الإعفاء الاتفاقي من المسئولية: الرأي الواضح فقهاً وقضــاءاً والذي أخذ به المشرع المصري أنــه يجــوز الاتفاق علــى من مسئوليته العقدية إلا ما ينشأ عن غشه أو خطأه الجسـيم، بعكس المسئولية التقصيرية: فأنه لا يجوز الاتفاق علــى الإعفاء منها وكل اتفاق على ذلك يكون باطـــــلاً (٤) لأن قواعدها متعلقة بالنظام العام.

٦- الأعــذار: وهو التنبيـــه على المدين بالوفـــاء أمـــر ضروري في المسئوليـــة العقديـــة قبل المطالبـــة بالتعويض. بخلاف المسئوليـــة الأخــرى فإنـــه لا يشترط فيهـــا ذلك.

---

(١) د/ السنهوري صـ ٣١٥ -- د/ سليمان مرقس صـ ٢٣٢ .
(٢) المادة ٢٧٩ مدنى .
(٣) " " ١٦٩ " .
(٤) " " ٢١٧ " .

ولكــن الحقيقــة أن وجــوب الأعــذار أو عدمــه ليــس مرتبطــا بنــوع المسئولية وإنما يرجع إلى طبيعــة الالتزام الذي حصل الإخلال به .

فإذا كـان الالـتزام إيجابيا كإقامـة بنـاء كـان الأعـذار ضروريـا للمديـن قبـل مطالبته بالتعويض لأنه لا يعد متـأخرا عن الوفـاء إلا مـن تـاريخ الأعـذار ، وإذا كان سلبياً كعدم البناء أو المنافسة فإن المدين فـى هـذه الحالـة يصبـح مسؤولا مسؤولية عقديـة بمجرد إقامتـه بالبنـاء أو المنافسـة حتـى ولـو لـم يعـذر لأن إخلالــه بالالتزام أمــر إيجابي ظاهــر . (١)

فالأعذار أمر مرتبط بمحل الالتزام لا نوع مصدر الالـتزام فيجب الأعذار إذا كان المحل أمرا إيجابيا ولا يجب إذا كـان أمـرا سـلبيا سـواء أكـان ذلـك فـى المسئولية العقدية أم فى التقصيرية .

٧- تقادم دعوة المسئوليــة :-

تسقـط دعـوى التعويض الناشئــة عن العمـل غـير المشـروع " المسئولية التقصيرية " بمضـي ثـلاث سنـوات مـن اليـوم الـذي علـم فيـه المضـرور بحـدوث الضـرر وبالشـخص المسـئول عنــه (٢) بخـلاف المسئولية العقدية فلا تتقادم فى الأصل إلا بمضي خمس عشرة سنــه . (٣)

■ تحديد نطاق كل من المسئوليتين :-

بينــا بأن المسئولية العقدية ما هي إلا جـزاء لإخـلال بـالتزام ناشـئ مـن عقــد بخلاف المسئوليـة التقصيريــة التي تكــون جــزاء لإخـلال بالتزام فرضــه القــانــون.

---

(١) دروس فى المسئولية المدنية لطلبة الدكتوراه - د/ سليمان مرقص صـ٩، صـ٢٠
(٢) م ١٧١ مدنى .
(٣) م ٣٧٤ مدنى

فالمسئولية العقدية لا تقوم إلا بين شخصين يربطهما عقد صحيح فضلا عن إخلال المدين بالتزامه الناشئ عن هذا العقد إذا لابد من توافر شروط أربعة لقيام المسئولية العقدية . (١)

١- وجود عقد بين الطرفين .
٢- أن يكون هذا العقد صحيحا .
٣- وأن يخل أحد المتعاقدين بعد انعقاد العقد بأحد التزاماته الناشئة من هذا العقد قبل انحلاله - بإحدى الطرق .
٤- وأن يسبب هذا الإخلال ضررا للطرف الآخر .

• فإذا لم تتوافر هذه الشروط كانت المسئولية تقصيرية مثل :-

سائق السيارة الذي أصاب أحد المارة فمسئوليته تقصيرية غير أن الأمر قد يصعب أحيانا فى تعيين نوع المسئولية ومنها نظرية الخطأ فى تكوين العقد ومسئولية أمين نقل الركاب عن الحوادث التي تصيبهم . ومسئولية رب العمل عن إصابة العمال ومسئولية المستأجر عن التلف أو الحريق الذي يصيب العين المؤجرة ومسئولية الطبيب عن خطأه فى علاج المريض وغير ذلك من المسائل التي أثارت جدلاً كبيراً بين الفقهاء ولكن الرأي الراجح فى الفقهين الفرنسي والمصري أن المسئولية بالنسبة للخطأ فى تكوين العقد مسئولية تقصيرية - وكذلك حوادث العمل فالمسلم به أنها كذلك وأيضا مسئولية الطبيب عن خطأه فى علاج مرضاه أنها مسئولية تقصيرية، وبهذا كان الاتجاه الغالب لدى القضاء وأيدته محكمة النقض .(٢)

ولكن يرى البعض بأن مسئولية الطبيب مسئولية عقدية لأنها تنشأ عن إخلال الطبيب بالتزام العلاج الذي تعهد به بمجرد قبوله مباشرة العلاج .

---

(١) د. مرقص صـ ٣٣٢ .
(٢٢٧) م ق م جزء واحد صـ ١١٥٦ : ٣٧٦ فى ٢٣ ز ، ٣٦ .

ولكـن أرى أنها مسئولية تقصيرية حيث قد فرض القانون علـى الطبيب أن يبذل ما فى وسعه فى شفاء المريض .

أما مسئولية حوادث نقل الركاب فالغالب لدى الفقه والقضاء المصرى أعتبرهـا مسئوليــة عقديـــة . أيضا مسئولية المستأجر عن التلف أو الحريق الذي يصيب العين المؤجرة . فالرأي الراجـح أنـها مسئولية عقدية لأن الرابطـة بين المؤجـر والمستأجر ناشئة عـن عقـد .

هـل يجـوز الخيرة أو الجمع بين المسـئوليتين أم لا ؟ قد يكـون العمل الواحد إخلال بالتزام تعاقدي يحقق المسئولية التعاقدية فىالوقت نفسه عمل ضار يحقق المسئولية التقصيرية - وفى هذه الحالة تجتمع المسئوليتان مثل خطأ المستأجر الـذي يتلـف بعض العين المؤجرة وخطـأ أمين النقل الـذي يحدث بالركاب إصابة ففى كلتا الحـالتين تحقـق المسـئوليتين معـا . هل فـى هذه الحالة يجوز للدائن أن يجمع بينهما - وأن يحاسب المدين بـهما معا ؟ فيحصل منه على التعويض مرتين ؟.

الحـق أنه لا يجـوز للدائن وهو المضـرور أن يجمـع بينـهما لأن حكمـة تشريع المسئولية جبر الضرر فحسب فـلا يجوز للمضرور أن يثرى علـى حساب المسئول . ولا يجوز له أن يأخذ من أحكام كل منهما ما هو أصلح لـه لأن المشرع قد وضع قواعد وأحكام لكل منهما قائمة بذاتها ولا يجوز أيضا إذا ما خسر دعواه المبنية على إحداهما أن يعود فيجددها وفقا لأحكام أخرى

س: هـل يجوز للمضرور المرتبط بمرتكب الضـرر بعقد مـن العقــود أن يستبعد أحكـــام المسئولية العقدية رغم توافر أركانها - وأن يطالـــب بالتعويض بنـــاء على المسئولية التقصيرية - لأنـها الأصلح لـــه أو حينمـــا تسقـط دعـــواه للتقادم فى المسئوليـة العقديـــة ؟؟ .

لقد أثارت هذه المسالة خلافا كبيرا فى الفقه والقضاء فى فرنسا ومصر ومحل النزاع . هل يجوز الخيرة بينهما أم لا فمنهم من قال بالجواز ، ومنهم من قال بعدمه . ولكل من الفريقين حججه .

اولاً : حجة القائلين بجواز الخيرة :-

قالوا بأن قواعد المسئولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو استبعادها . وكل اتفاق على ذلك يكون باطلا بطلانا مطلقاً فالمشرع بنصه على أن (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض (١) قد رعى مصلحة المجتمع العليا ، و لا يمكن إهدار هذه المصلحة بمجرد أن شخصين قد أبرم عقداً من العقود) . ولذلك قالوا بأنه لا يمنع من تطبيق المسئولية التقصيرية مجرد وجود عقد بين الطرفين لأن العقد فى تنظيمه العلاقة بين طرفيه إنما يضيف التزامات عقدية إلى الالتزامات القانونية . ولا يستبعد شيئا من هذه الالتزامات الأخيرة بأي حال من الأحوال - فيجوز للعاقد أن يلجأ إلى المسئولية التقصيرية فى أي وقت . إذا لم تسعفه أحكام العقد ويترتب على ذلك أنه إذا كان العقد يتضمن اتفاق على الإعفاء من المسئولية المترتبة على الإخلال به - يجوز للدائن أن يتخلص من هذا الاتفاق بالالتجاء إلى قواعد المسئولية التقصيرية ، وجملة القول فيما سبق أن أصحاب هذا الرأي يقولون بقيام المسئولية التقصيرية بجانب المسئولية العقدية فى حالة الإخلال بالعقد و نشوء ضرر عن هذا الإخلال حيث يكون المضرور أن يختار وفقاً لمصلحته بين دعوى المسئولية العقدية الناشئة من الإخلال بالالتزام التعاقدي ودعوى المسئولية التقصيرية الناشئة عن الإخلال بالواجب العام الذي يفرضه على الشخص وهو عدم الإضرار بالغير .

---

(١) المادة ١٦٣ مدنى .

ثانيا:- حجج عدم السخرة :-

١- يرى بعض القائلين بأن قواعد المسئولية التقصيرية لا تتعلق كلها بالنظام العام ـ ويقولون أنه إذا كان بعض الالتزامات القانونية التي يستتبع الإخلال بها المسئولية التقصيرية متعلقاً بالنظام العام لمساسه بمصلحة المجتمع مباشرة ، فإن الكثير منها لا يتعلق بالنظام العام لأنه لا يمس إلا مصلحه خاصة بالفرد . فيجوز للعاقدين أن يتفقا (١) على الإعفاء من المسئولية التي تنشأ عن الإخلال بهذا النوع من الالتزامات فوجود العقد لا يلغى مسئولية كانت قائمة من قبل وإنما ينشئ مسئولية جديده بمناسبة الالتزامات التى يولدها على أن ينظموا الجزاء على عدم تنفيذها كما يشاءون ، وهذا يتم صراحة أو ضمناً وفى كلتا الحالتين يكون هو الواجب الاتباع فى حالة إخلال أحدهما بالتزامه . (٢)

ب ـ ويترتب على ذلك انه لا يجوز للدائن أن يهمل التنظيم الاتفاقى ويتمسك بالتنظيم القانوني (المسئولية التقصيرية) والقول بغير ذلك يؤدى إلى القضاء على المسئولية العقدية والى إهدار مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين الذي يقضى بأن إرادة الطرفين هي التى تحدد مدى الالتزامات التى ينتجها العقد . (٣)

جـ ـ ويرى البعض بان قواعد المسئولية التقصيرية وإن كانت متعلقة بالنظام العام إلا أنها احتياطه فلا تطبق إلا فى حالة عدم سريان أحكام المسئولية العقدية على العلاقة القائمة بين الأطراف .

---

(١) د/ سليمان مرقص صـ ٣٤١ .
(٢) د/ لبيب شنب صـ ٣٢ .
(٣) مارتى وينو جـ١ مجلد ، صـ ٣٣٨ رقم ٣٦٨ مشار إليه د/ لبيب شنب ص٣٣

إذن فلا بد من تحديد نطاق كل من المسئوليتين قبل التمسك في دائرة العلاقات العقدية بتعلق قواعد المسئولية التقصيرية بالنظام العام . ومتى كان الضرر ناشئاً عن الإخلال بالتزام عقدي خرج من نطاق المسئولية التقصيرية وخضع في تعويضه لأحكام المسئولية العقدية .

وبعد عرض الآراء و الحجج ترى بأن الرأي الراجح في الفقه المصرى (١) هو عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين التقصيرية والعقدية. وهو ما أميل إليه حيث أن القانون هو الذي يعين نوع المسئولية وأحكامها وإنه ليس للمضرور خيبره بين نوعى المسئولية إلا إذا كان عدم الوفاء راجعاً إلى تدليس من المدين أو الى خطأ جسيم مما يعتبر فى حكم التدليس.

وبهذا أخذت محكمه النقض حيث قد حكمت بأنه لا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية فى مقام العلاقة العقدية لما فيه من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عن عدم تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له (٢) غير أنها أجازت للدائن العقدي التمسك بأحكام المسئولية التقصيرية إذا كان عدم تنفيذه للالتزام العقدي راجعاً إلى غش أو خطأ جسيم من المدين وذلك على أساس أن المدين قد أخل بالتزام قانوني إذ من المفروض عليه ألا يرتكب هذا الفعل مطلقاً سواء أكان متعاقداً أم غير متعاقد.

---

(١) د/ السنهورى صـ ٨٦١ ، د/ حشمت صـ٣٩٢ ، د/ سليمان مرقص صـ٣٤٢
د/ أنور سلطان صـ ٤٢٣ ، د/ جميل الشرقاوى صـ ٤٣٦ ، د/ لبيب شنب صـ٣٣١
د/ احمد سلامه صـ٢٥٩ ، د/ جمال الدين زكى صـ ٤٥٠ .

(٢) م ق م ١٩ – ١١٠ – ٧٦٢ . فى ١٩٦٨/٤/١٦ .

▪ أنواع المسئولية التقصيرية :-

تتنوع هذه المسئولية إلى ثلاثة انواع :

١- المسئولية عن الفعل الشخصي :-

أي مسئوليــة الشخص عــن عـمله غير المشروع وهذه المسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات، إذ يتعين على المضـرور أن يثبت الخطـأ فـي جانب المدين. فالقاعدة العامة أن الشخص لا يسأل إلا عن خطأه فقط لا عــن خطأ غيره. ولذلك يقـــول الله تعالــى ﴿ ولا تـزر وازرة وزر أخــرى ﴾ ﴿ كـل نفس بمـا كسبت رهينــة﴾ والشـخص لا يكـون مسئولاً إلا إذا ثبـت ارتكابه خطأ معيناً نشأ عنه ضرر للغير.

ولكـــن استثنــاء من القاعـدة العامــة قد يسأل الإنسان عــن أخطــاء أشخاص معينين ، وعن الأضرار التى تنشأ عن أشياء موجودة فى حراسته وأساس المسئولية عن هذين النوعين هو خطأ مفروض فى جانبه .

٢- المسئولية عن عمل الغير :-

أي مسـئولية الشـخص عن الأعمـال الغير مشروعة الصادرة من غـيره كمسئولية تولى الرقابة عــن الأشخاص الخاضعين لرقابته وهى تقوم على أساس خطأ مفروض ، ومعنى ذلك أن المضرور عليـه أن يثبت الخطـأ فـى جانب الشخص الخاضع للرقابة دون حاجة إلى إثبات ذلك .

٣- المسئوليــة عــن الأشـياء :-

أي مسئولية الإنسان عن أشياء فى حراسته وهى كذلك مبنية علــى خطـا مفروض فى جانب الحارس .

وسنوضح كل نوع من أنواع المسئولية التقصيرية فى فصل على حده .

الفصل الثاني

المسئولية عن الفعل الشخصي

﴿ المبادئ العامة للمسئولية التقصيرية ﴾

جرت العادة لدى فقهاء القانون أنه يتحدثون عن المبادئ العامة للمسئولية التقصيرية ضمن الكلام في المسئولية عن الفعل الشخصي وهي التي ترجع ألي فعل شخص أي فعل يصدر عن من أحدث الضرر منه مباشرة دون وساطة أو تدخل شخص أو شئ مستقل عنه ويترتب عليه حدوث ضرر يتسبب إلي المسئول شخصيا.

وهذه المسئولية التقصيرية عامة لها أركانها إذا توافرت التزم المسئول بتعويض المضرور عن الضرر الذي لحقه ومن هنا كان الفعل الضار مصدرا للالتزام ـ ولذلك ينقسم هذا الفصل إلي مبحثين:

المبحث الأول : في اركان المسئولية أو عناصرها .

المبحث الثاني : في اثار المسئولية .

المبحث الأول :-

• **في أركان المسئولية :** (خطأ وضرر وعلاقة

تنص المادة ١٦٣ م علي المبدأ العام في المسئولية التقصيرية حينما قالت (كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من أرتكبه بالتعويض).

ومن هنا يتضح لنا بأن المسئولية التقصيرية كالمسئولية العقدية من حيث أركانها أو عناصرها وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية. وسنوضح كل ركن منها في مطلب خاص.

المطلب الأول: الركن الأول: الخطأ

• **تعريفه:** هو الإخلال بالتزام قانوني سابق

إذا تحدثنا عن الخطأ كركن من أركان المسئولية التقصيرية فإن المراد به الخطأ الواجب الإثبات بخلاف المسئولية التي تبنى علي خطأ

مفروض ثبوته كمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ـ ولقد اشترط القانون لالزام الشخص بالتعويض أن يكون قد ارتكب خطأ فما هو الخطأ ؟
الحقيقة أن القانون لن يعرفه جريا في ذلك مع غالبية التشريعات تاركا تحديد معناه للفقه والقضاء. ومن هنا تعددت التعريفات وتضاربت الآراء في تحديد هذا المعنى وإليكم بعض التعريفات للخطأ.

أ- يرى الأستاذ بلانيول :-

بأنه إخلال بالتزام سابق يبنى عليه القانون وجوب تعويض من أصابه ضرر منه.
وقد حصر الأستاذ بلانيول الالتزامات التي يعتبر الإخلال بها خطأ في أربعة أنواع (١)

١- عدم الاعتداء بالقوة علي أموال الناس وأشخاصهم.
٢- عدم استعمال الغش وخداع الغير.
٣- الالتزام بالامتناع عن كل فعل يتطلب مهارة أو مقدرة خاصة لا تتوفر فيمن يقبل عليه وهو ليس إهلاله.
٤- الالتزام ببذل العناية نحو رقابة الأشخاص المسئول عنهم أو الأشياء التي في حراسته.

ويرد علي هذا التعريف أنه قد أهتم بأنواع الخطأ أكثر من تعريفه.

ب- ويرى البعض بأن الخطأ هو العمل غير المشروع ،ويؤخذ عليه بأنه تعريف للشيء بالشيء لأنه يجب أن يبين ما هو العمل غير المشروع .

---

(١) مشار إليه - د/ مختار القاضي صـ ١٢٧ .

جـ - وقيل بأن الخطأ هو الفعل المخالف للقانون ـ ولكنه تعريف غير سليم لأنه لو قيل أن الخطأ هو الفعل المخالف للقانون لكـان معنـى ذلك أن الخطأ لا تتوافر إلا فى حالة مخالفة نص قانوني " مع العلم بأن الخطأ يتصور دون أن يكون مرتكبة قد خالف نصا من نصوص القانون .

د - ويرى الأستاذان هنرى وليون بأن الخطأ (تقصير فى مسلك الإنسـان لا يقع من شخص فقط وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطـت بالمسئول بجعلـه يبدى فـى حركتـه أو سكوتـه تصرفـا معيبا يوجـب لومه أو مؤاخذته .

هـ - ويرى الفقه المصـرى (١) بأن الخطـأ انحـراف عن سلوك الشخص المعتاد الموجود فى نفس الظروف الخارجية لمرتكب الضرر مع إدراك ذلك أو هو إتيان الفعل الذي أمر القانون بالامتناع عنـه أو الامتنـاع عن الفعل الذي أمر القانون بإتيانـه مثل :

أعمال السائق لإضاءة مصابيـح السيارة ليـلاً ، أو إفشـاء الطبيـب سـر المهنـة . (٢)

و- والرأي الراجـح لـدى معظم الشراح أن الخطـأ هـو الإخلال بالـتزام قانـونـي سـابق . (٣)

■ ولكـن ما هـو الالتزام القانوني السـابق :

هـو التزام الشخص ألا يضـر بالغـير وهذا ما أوجبـه القانـون علـى كـل شخـص ، فمـن أخـل بـه وأضـر بالغـير فقـد أرتكـب

(١) د / لبيب شنب ص٣٤٣ .
(٢) د / جلال الدين زكى ص٢١٤ .
(٣) د / السنهورى الوجـيز ص ٣٢٣ .

خطأ يكون أساسا لمسئوليته التقصيرية بخلاف المسئولية التعاقد فإنها تنشأ من الإخلال بالتزام تعاقدي . ويقتضى هذا الالتزام أن يبذل الشخص عناية الشخص الحريص فى تصرفاته وأن يصطنع فى سلوكه اليقظة. فإذا أنحرف عن هذا السلوك ـ وكان لديه التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف فيكون هذا الانحراف خطأ (١)

وهـذا التعريف بلا شك يتميز عن تعريف بلانيول ـ بأنه لم يكتف فى الخطأ أن يكون إخلال بالتزام سابق فحسب بل استلزم أن يكون هذا الإخلال صادرا عن شخص متمتع بقواه العقليـة . (٢)

■ الفرع الاول :- **أركـان الخطـأ** :

مما سبق ذكره من التعاريف للخطأ بأن لـه ركنين موضوعين ، وهو الإخلال بواجب سابق ـ وركن نفسي أو معنوي وهو الإدراك أو التمييز لدى من أخل بهذا الواجب .

• **الركن الموضوعي** :-

وهـو الإخلال بواجب قانوني ، والواجبات القانونية قد تتحدد بنصوص قانونية مثل الواجبات التى تفرضها لوائح المرور كوجوب الإضاءة ليلا والسير على اليمين وبسرعة معينة ، وفى هذه الحالة نرى أن الواجب معينا تعيينا دقيقا يسهل تحديد الانحراف الذي يتوفر بمخالفة القانون وقد يتحقق الانحراف بمخالفة الواجب العام الذي يفرضه القانون على جميع الناس لاحترام حقوق الغير ، وحق الغير إما أن يكون حقا عاما كالعصمة الواجبة للنفس والعرض والمسكن والمال والحريات الفردية ـ وحرية الرأي والدين والاعتقـاد .

---

(١) د/ السنهورى ـ الوسيط جـ١ صـ ٧٧٩ .

(٢) د/ حسين النورى .

والحقوق العامة أوجبها القانون لكل إنسان فمن اخل بحق منها وترتب على خلله ضرر تحققت مسئوليته مثل :-

الشخص الذي يقتل أخر أو يسبه أو يمنعه من تأدية مناسك دينية فكل هذا فيه إخلال بالعصمة الواجبة للنفس أو العرض أو حرية الدين وقد يكون حق الغير حقاً مدنيا سواء كان حقا من حقوق الأسرة كالأمانة الزوجية فإذا أخل بها أحد الزوجين يكون مسئولاً هو وشريكه أو كان حقا ماليا كحق الملكية فمن اعتدى عليه بالسرقة أو الإتلاف كان مسئولاً .

إذا لابد من تحقق الانحراف والتصدي بمخالفة لواجب قانوني أو واجب عام كما قدمنا - ولكن ما مقياس الانحراف ؟

قد يكون مقياس الانحراف شخصيا أو قد يكون مقياس موضوعيا: فالأعمى مثلا يستطيع أن يكون مريضا ولكن حرصه محدود لظروفه التعسة فهل إذا ارتكب الأعمى عملا غير مشروع أوخذ بالرحمة لأنة اعمى أم يؤاخذ بما يأخذ به الرجل العادي لو وضع في الظروف التي أحاطت بالعمل الضار فإذا ما أخذنا بالأولى كان المقياس شخصيا . وإذا أخذنا بالثانية كان المقياس موضوعيا. إذا المقياس الشخصي هو أننا ننظر لمعرفة ما إذا كان سلوك الشخص يعتبر خطأ أو لا يعتبر إلى مرتكب الفعل ذاته فإذا كان الشخص عل جانب كبير من الحرص في تصرفاته فإن أي نزول عن هذا الحرص ولو كان بسيطا يعتبر خطأ - أما إذا كان على جانب كبير من الإهمال فإنه لا يعتبر قد ارتكب خطأ إلا إذا كان الانحراف الصادر منه جسيما .

والمقياس المادي ومقتضى هذا المقياس انه يجب قياس سلوك الشخص مرتكب الضرر بسلوك الشخص المعتاد لمعرفة ما إذا كان هناك خطأ أم لا

فإذا وجدنا ان السلوكيين متفقيين بمعنى ان الشخص المعتاد لو وجد في نفس الظروف الخارجية لمرتكب الضرر كان سيتخذ نفس المسلك الذي اتخذه مرتكب الضرر. فلا نكون بصدد خطأ أما إذا نتج عن القياس أن الشخص المعتاد ما كان ليسلك نفس السلوك الذي سلكه مرتكب الفعل الضار- فمعنى ذلك أن مرتكب الضرر قد انحرف عن سلوك الشخص المعتاد - أي ارتكب خطأ (١) أذن فمعيار الانحراف هنا هو سلوك الشخص المعتاد أي إلي شخص عادي يمثل مجهود الناس. فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلي الذروة . ولا هو محدود الفطنة. خامل الهمة فينزل إلي الحضيض (٢) .

وفي هذه الحالة أيضاً ونحن نقيس مرتكب الضرر بسلوك الشخص المعتاد يجب النظر إلي الظروف التي وقع فيها الضرر. فالظروف الخارجية التي تلابس ارتكاب الضرر ويكون من الممكن العلم بها وبمدى تأثيرها في مسلك مرتكب الضرر- ولا جدال في أن ظروف الزمان والمكان من الظروف الظاهرة أي الخارجية التي يقام لها وزن في تقصي مسلك الرجل العادي .

فالسائق الذي يسوق سيارة في مكان مزدحم يكون ملزماً بما يراعيه الرجل العادي في مثل هذا الظرف، وكذلك الطبيب الذي يجري جراحة لمريض يجب أن ينظر إلي الوقت الذي أجريت فيه العملية الجراحية نهاراً أم ليلاً ، والمكان الذي أجريت فيه الجراحة هل هو وحده صحية في القرية أم مستشفى مزودة بغرفة عمليات مستوفية لجميع المتطلبات- وكذلك الوقت الذي أتيح للطبيب قبل أجراء العملية هل كان كافياً أم كانت العملية مستعجلة بحيث لا يمكن للطبيب من عمل الإختبارات اللازمة وكذلك ظروف السن والعلم

---

(١) د/ لبيب شنب ص ٣٤٤

(٢) د/ السنهوري الوسيط جـ١ ص ٨٨٤

والتخصص والمهنة التي يمارسها الشخص والطبقة الاجتماعية التي ينتمي إليها والبيئة التي يعيش فيها عادة فمسلك المهندس في مباشرة عمله يقاس بمسلك المهندس المتوسط، ومسلك القروي الريفي في بلدته يقاس بمسلك القروي العادي لا بمسلك المتحضر المثقف. وغير ذلك من الظروف الخارجية أو الظاهرة .

بخلاف الظروف الداخلية أو الشخصية فإنه لا يعتد بها ككونه ضعيف البصر أو عصبيا أو متهورا لأن الشخص العادي لا يكون كذلك- وجمهور الفقهاء يرون الأخذ بالمقياس الموضوعي أو المادي فهو مقياس ثابت لا يتغير من شخص الي شخص آخر لأننا ننظر الي سلوك الرجل العادي وهو يمثل جمهور الناس فإذا كان مرتكب الضرر قد سلك سلوكا يخالف سلوك الرجل العادي فإنه يكون قد ارتكب خطأ بانحرافه عن هذا السلوك بصرف النظر عما يبذله شخص مسئول من التشدد في العناية بشئون نفسه أو التفريط فيها .

غير أن القانون المدني لم يهجر المعيار الشخصي هجرا تاما فالمادة ٧٢٠ مدني تنص علي أنه (إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب علي المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد) فالمقياس هنا مخفف حدة الأولى شخص دون أن يتجاوز عناية الرجل العادي وهو مقياس موضوعي. وكذلك الأمر بالنسبة للفضالة والوكالة (١)

■ الركن الثاني للخطأ: التمييز أو الإدراك.

لا يكفي لقيام الخطأ توفر ركن الانحراف بل لابد أن يكون المنحرف مميزا أي مدركا للفعل الصادر منه، ولقد اكتفى المشرع بالتمييز دون أن يشترط سن الرشد

(١) د/ مختار القاضي صـ ١٣٦ .

ويترتب علي ذلك أن عديم التمييز لا يسأل عن التعدي أو الانحراف الذي صدر منه سواء كان ذلك راجع لصغر السن أو الجنون أو العته أو كان أمراً طارئا أو عارضـــــا.

كالتنويم المغناطيسي - أو تناول المسكرات أو المخدرات وكل هذا يوضح حكمـــه فيما يلي:

اولاً: ما حكم صغير السن ؟؟

لا يسأل الشخص غير المميز مسئولية تقصيرية - أما إذا كان مميزاً أي في سن السابعة فأكثر فإنه يسأل مسئولية كاملة حتى ولو لم يبلغ سن الرشد لأن الأهلية لا تشترط إلا في التصرفات القانونية فقط - وانعدام المسئولية هنا لعدم التمييز لا يرجع لانعدام أهليته بل لانعدام ركن من أركان المسئولية وهو الخطأ ، ولما كان الخطأ هو إخلال بواجب سابق فيشترط لنسبة الخطأ لشخص ما أن يكون مدركا لهذا الواجب ، ومدركا الإخلال به. وإلا فلا مسئولية.

ثانياً: ما حكم الفعل الصادر من المجنون ؟؟

أن الفعل غير المشروع الذي صدر منه وهو فاقد التمييز لا يسأل عنه أما لو صدر منه وهو في حالة إفاقة فإنه لا يسأل عنه مسئولية تقصيرية سواء كان محجوراً عليه أم غير ذلك،
والعبرة في عـدم المسئوليــة بانتفــاء التمييز وقت ارتكاب الفعل الضار.

ثالثاً: بالنسبـــة للمعتـــوه :-

يجب أن نفرق بين معتوه مميز او غير مميز . فإذا صدر من المعتوه المميز أعمالا غير مشروعة فإنه يسأل عنها حتي ولو كان محجورا عليه أما عديم التمييز فلا يسأل عن أعماله غير المشروعة حتى ولو كان محجـــورا عليـــه.

رابعـــا:- بالنسبـة للسكـــران :-

فإنـه لا يسأل عن عملـــه غـــير المشروع شريطـــة الا يكـــون فقـــد التمـييز بســبب سكـــره.

خامسا:- الخطأ من جانب الشخص نفسه:-

وجملـه القـول فيمـا سبق أن القـانون المدنــي المصري نــص علــي ضرورة توافر التمييز حتى يسأل الشـخص مسئولية تقصيريـة عن أعمالـه غير المشروعة فتنص المادة (١٦٤ يكـون الشخص مسئولا عن أعمالــه غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز) .

س: متى يســـأل عديــم التمـــييز ؟؟

لقد استثنت المـادة السـابقة ١٦٤مدنـي فـي فقرتـها الثانيـة واجـازت مسئولية عديم التمييز في ظروف معينة عن أعماله غير المشروعة فقالت : (ومــع ذلك إذا وقــع الضــرر من شخص غير ممـيز ولـم يكـن هناك من هو مسـئول عنـه او تعـذر الحصـول علـي تعويـض من المسـئول جـاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا في ذلك مركز الخصوم) .

فهذه المسئولية بلا شك مسئولية استثنائية احتياطية جوازيـه ومخففة أي تقوم علي أساس العدالة لا علي أساس القانون (١) فهي استثنائية لأنـها خرجت علي المبدأ العام الذي يقضي بعدم مسئولية عديم التمييز عما يحدثـه من ضرر.

- وهي احتياطية لانها لا تتحقق إلا بتوافر شرطين :

▪ **اولهمـــا:**

أن يتعذر علي المصاب الرجـوع بـالتعويض علـي متولـي رقابتـه لعدم إقامـــة دليل علــي مسئوليتـــه أو لإعســـاره .

---

(١) د/ سليمان مرقص ص ٣٧٠

وثانيهما: أن يسمح مركز الخصوم للقاضي بأن يقرر للمضرور تعويضا عادلاً فيجوز رفض الحكم بالتعويض إذا لم يكن غير المميز قادراً علي أدائه ويجوز عند المقدرة أن ينقص التعويض مراعيا في ذلك كله مركز المضرور نفسه من الناحية المادية وجسامة الخطأ ومدي الضرر (١) فهي لذلك كانت جوازيه لان أمرها متروك للقاضي فله أن يحكم عليه بالتعويض في حالة اليسار وله ألا يحكم بذلك.

وهي قائمة علي العدالة لأن التعويض فيها لا يكون كاملاً فمن حق القاضي أن يحكم بالمبلغ الذي يراه عادلاً مع مراعاة حالة عديم التمييز المالية وجسامة الضرر .

(فإذا كان عديم التمييز واسع اليسار والمضرور ليس كذلك والضرر جسيماً جاز للقاضي إلزام الأول بالتعويض الكامل الذي يجبر الضرر كله. أما إذا كان عديم التمييز ليس لديه ما يفيض عن حاجته وحاجه من تلزمه نفقتهم أو كان المضرور ذا يسار وقادراً علي تحمل جزء من الضرر فيجوز للقاضي خفض مبلغ التعويض) . (٢)

• الفرع الثاني :-

• أنواع الخطأ :-

إن الخطأ يتنوع من حيث قصد الأضرار أم لا إلي نوعين:
خطأ عمد وخطأ غير عمد.

أ- الخطأ العمد هو الإخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الأضرار بالغير.

١- الأعمال التحضيرية للقانون المدني جـ٢ صـ ٢٥٨

٢- د/ سليمان مرقس صـ ٣٧٠

■ إذن فــلابد مــن توافــر عنصــرين:

١- فعل أو امتناع يعد خطأ أي إخلال بواجب قانوني.
٢- أن يكون الخطأ مصحوباً بقصد الأضرار بالغير أي اتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر. ولا يكفي لاعتبار الخطأ عمدياً أن يكون الشخص قد تعمد الانحراف. بل يجب فضلاً عن ذلك أن يكون انحرافه بقصد إحداث ضرر بالغير (١)

ب -الخطأ غير العمدي هو الإخلال بواجب قانوني دون قصد الأضرار (٢)

ولا أهمية للتفرقة بينهما من حيث مبدأ المسئولية فالخطأ بنوعية كافيا لمساءلة الشخص عن الضرر الناجم عن الفعل الشخصي.

ولكن تظهر أهمية التفرقة بين النوعين من الخطأ في حالات أخرى أهمها:

١- إذا أبرم شخص عقد تأمين فان العقد لا يعطي سوي المسئولية الناشئة عن خطأه العمدي- ويترتب علي ذلك أن المؤمن (شركة التأمين) لا يكون مسئولاً عن الخسائر والأضرار التي يحدثها المؤمن له (المستأمن) عمداً أو غشاً ولو اتفق علي غير ذلك. (٣)

٢- في حالة إصابات العمل لا يحكم للعامل بتعويض إذا كانت الإصابة حدثت للعامل بخطأه العمدي بينما يجوز الحكم له بالتعويض إذا كانت الإصابة التي لحقته نتيجة لخطأه غير العمدي.

٣- في تقدير التعويض: فالقاضي حينما يحكم بالتعويض يقوم بتقديره في حالة الخطأ العمد أكثر مما يقدره في حاله الخطأ غير العمد.

---

(١) مشار إليه د/ لبيب شنب ص٣٥٦
(٢) حسين النوري ص٥١
(٣) م٧٦٨ / ٢ مدني .

٤- إن الاتفاق أمر جائز علي إعفاء المدين مـن المسـئولية عن خطـأه غير العمدي بينما لا يجوز ذلك بالنسبة لخطأه العمدي.

• مراتب الخطـأ غـير العمـدي :

هذا الخطأ إما أن يكون خطأ جسيما أو خطأ يسير أو تافها فالخطأ الجسيم هو الـذي يتصور حدوثـه مـن الرجل المـهمل (١) وقيل هو الخطأ الـذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل (٢) والخطـأ اليسير هـو الـذي يتصور حدوثـه من الرجـل المعتـاد أو هـو الـذي لا يرتكبـه الشـخص المعتـاد وهـو شـخص متوسط لا هو مهمل ولا هو شديد الحرص.

والخطأ التافـــه: هو الذي يتصور حدوثـه مـن الشـخص الحريـص أو هو الذي لا يرتكبه الشخص الحريص.

ولا أهميه للتمييز بين هذه المراتـب مـن حيث مبدأ المسـئولية ، فـأي خطأ يكفي لالزام مرتكبه بتعويض الضرر الناشئ عنـه بصرف النظر عن كونـه جسيماً أو يسيراً أو تافهاً ولكـن استثناء مـن المبدأ العـام يشترط المشـرع لقيام المسئولية في بعض الحالات أن يكون الشخص قد أرتكب خطـأ جسـيماً مثل ذلك المادة ٢٤ من قانون الولاية علي المال رقم١١٩ سنة ١٩٥٢ التي تنص علي أنة (لا يسأل الأب إلا عن خطأه الجسيم).

ومعني ذلك أن الأب لا يطالب بتعويض لأبنه عن الأضرار التي لحقتـه أثنـاء إدارته لأمواله إلا إذا ارتكب خطأ جسيماً بخلاف ما لو كان خطـأه يسيرا فـلا مسئولية عليـــه .

١- د/ مختار القاضي ص١٣٦

٣- د/ لبيب شنب ص٣٥٧ قارن د/ اسماعيل غانم ص٢٨ المصادر غير الإرادية.

والقاعدة في التعويض أن مقداره يتحدد بالنظر إلي قيمة الضرر سواء كان الخطأ عمدياً أم لا جسيماً أو يسيراً. والمحكمة لها سلطة تقديرية واسعة في تقدير قيمة بعض الأضرار التي ليس لها قيمة محددة كالآلام والأحزان فضلاً عن ذلك فان المحاكم تجنح إلي تقدير التعويض في حالتي الخطأ العمدي والجسيم بأكثر مما تقدره في حالة الخطأ اليسير.

• تكييف الخطأ :-

من المسائل القانونية التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض وصف سلوك الشخص بأنه خطأ أم لا (١).
وأيضاً من المسائل التي يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض وصف الفعل أو الترك بأنه خطأ جسيم حينما يتطلب القانون في واقعة معينة كما قدمنا أن يكون الخطأ جسيماً.

بخلاف استنباط وجود الفعل أو الترك من ظروف الدعوى وملابستها فيعتبر من مسائل الواقع التي تدخل في نطاق السلطة التقديرية في محكمة الموضوع (٢).

■ ما أثر حسن النية أو سوءها في تقدير الخطأ.؟؟
إن قصد الأضرار بلا شك ركن في خطأ العمد دون خطأ الإهمال وكان حسن النية يكفي لنفي خطأ العمد ولكنه غير مؤثر في خطأ الإهمال فمن يتلف مال غيره مثلاً بإهمال منه لا يجوز له أن يعتذر بحسن نيته و لا يجديه ذلك في دفع مسئوليته عن هذا الإتلاف. وتطبيقاً لذلك حكم القضاء المصري بأن

١- م ق م ص١٦ - ٩٩ - ٦١٤ في ٢٠ / ٤ / ٦٥ وفي ٣٠ / ٦ / ٦٦ / ١٧ - ٢٠٨ - ١٤٦٧ وفي ٢٥ / ٤ / ١٩٧٢.
٢- نقض مدني في ١٢ / ٦ / ٧٣ - م ق م ٢٤ / ١٥٧ - ٨٩٤

من أوقع حجزاً علي غيره دون حق يلزم بتعويض الضرر سواء كان حسن النية أو سيئ النيه وبأنة إذا قام المؤجر برفع منقولات المستأجر وبضاعة من العين المؤجرة بناءاً علي رأي محامية فإن اعتقاده بسلامة رأيهم وحسن نيته المتفرع عن ذلك لا يعفيانه من مسئوليته المدنية عن الأضرار التي سببها للمستأجر بذلك (١) .

• الخطأ المدني والخطأ الجنائي :-

مما سبق دراسته بالموازنة بين المسئوليتين الجنائية والمدنية نجد أن الخطأ الجنائي وهو أساس المسئولية الجنائية- هو مخالفة واجب قانوني منصوص عليه في قانون العقوبات ـ ونص علي مخالفته بعقوبة جنائية أما الخطأ المدني هو أساس المسئولية المدنية- وهو الإخلال بأي واجب قانوني - ولو لم يكن منصوصاً علية في قانون العقوبات - ولا مكرراً علي مخالفته عقوبة جنائية.

والخطأ الجنائي يعد في نفس الوقت خطأ مدنياً بخلاف الخطأ المدني فإنه يمكن تصور وقوعه دون أن يعد خطأ جنائياً- ومن هذا يتبين لنا أن الخطأ المدني أهم من الخطأ الجنائي- وتظهر أهمية التفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني في حجية الحكم الجنائي أمام المحكمة المدنية فإذا أدانت المحكمة الجنائية المتهم كان حكمها مثبتاً وقوع خطأ جنائياً منه ولا أن الخطأ الجنائي مخالفة- لنص من نصوص العقوبات يفرض علي الناس واجبات قانونية فإن الخطأ الجنائي متي ثبت بحكم الإدانة يستتبع

١- م ق م ٢- ٢١٤ - ٧٧ في ١٦ / ١٢ / ٣٧
مشار إليه / د. سليمان مرقص

اعتبار الخطأ المدني ثابتا أيضا. أما إذا برأت المحكمة المتهم لعدم ارتكابه ما يعد خطأ جنائيا - فان ذلك لا ينبغي أن يكون ما أوقع منه كافيا لاعتباره خطأ جنائيا - ومعني ذلك أن نفي الخطأ الجنائي لا يستتبع حتما الخطأ المدني (١).

الفرع الثالث: أحوال انتفاء الخطأ :

ومما لا شك فيه أن الخطأ لا يتحقق ويعد معدوما في حالة عدم توافر أحد أركانه المعنوي أو المادي - ومن الأمور البديهية أن الخطأ ينتفي إذا انعدم الإخلال بالواجب أو إذا لم يوجد الواجب أصلاً. غير أن الأمر يصعب في حالات كثيرة يكون الخطأ فيها موجوداً. والإخلال بالواجب القانوني متحققاً غير أنه لا يثبت المسئولية لانتفاء الخطأ. وهذا أمر يرجع إلي وجود ظرف يرفع عن المكلف الواجب القانوني الذي يبدو أنه أخلي به كإكراه الإرادة أو تخويل القانون للشخص الذي وقع منه العمل غير المشروع حقاً يتعارض مع الواجب - وغير ذلك من الحالات التي نص عليها القانون المصري (٢) مثل :-

انعدام مسئولية عديم التميز كما بينا سابقاً. وحالة الضرورة واستعمال حق الدفاع الشرعي. وتنفيذ أمر القانون وأوامر الرؤساء ورضى المضرور بالفعل الذي سبب له الضرر. وهذه الحالات التي وردت ليست علي سبيل الحصر. بل علي سبيل المثال.

١- د/ سليمان مرقص ص٢٧٧
٢- أنظر المواد ١٦٤ - ١٦٦ - ١٦٧ - ١٦٨

• **وإليكم كلمة موجزة عن كل حالة من هذه الأحوال:**

أولاً: حالة الدفاع الشرعي :

تنص المادة ١٦٦ علي أنه (من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله - أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسئول علي ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة.

وقد نصت المادة ٢٤٥ عقوبات علي أن (لا عقوبة مطلقاً علي من قتل غيره وأصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله) (١)

■ شروط حق الدفاع الشرعي :

يشترط في وجود حق الدفاع الشرعي حتى ينعدم وصف الخطأ عن الفعل الضار هذه الشروط الآتية:-

أولاً: أن يوجد خطر اعتداء شخص علي أخر فوقوع اعتداء من شخص أخر يبرر الدفاع ومنع المعتدي من التمادي فيه- وحق الدفاع ينشأ بمجرد تأهب المعتدي للاعتداء لا من وقت وقوع الاعتداء فحسب- ولا يشترط أن يكون الاعتداء متعمداً أو علي درجة من الجسامة وسواء أكان الاعتداء علي نفسه أو علي غيره أو عرضه أو ماله أو كرامته فكل هذا يسمى اعتداء.

ثانياً: أن يكون الخطر حالاً حتى ينشأ حق الدفاع الشرعي بخلاف ما لو كان الاعتداء المهدد به مستقبلاً أو كان قد وقع بالفعل كما

١- أنظر المواد ٢٤٦ - ٢٥٠ - ٢٥١ عقوبات التي تنص علي أنه لا يعفي من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصداً إحداث ضرراً أشد مما يستلزمه هذا الدفاع - ومع ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفعل جناية أن يعده معذورا إذا رأى لذلك محلاً أن يحكم عليه بالحبس بدلاً من العقوبة المكررة في القانون.

إذا نفذ المعتدي جريمة القتل وسلم نفسه للشرطة - أو ترك اللص المسروقات في المنزل وفر هارباً فلا يجوز الدفاع في هذه الحالة.

ثالثاً: أن يكون إيقاع الخطر المهدد به غير مشروع. فإذا أراد شخص ضبط لص متلبس بالسرقة ليسلمه للشرطة فلا يجوز للص أن يضربه لكي يمنع ضبطه لأن الضبط مشروع وكذلك من يؤدب ولده أو زوجته فليس من حقها الدفاع لأن التأديب حق مشروع للوالد وللزوج- وأيضاً الجلاد الذي ينفذ حكماً بالإعدام- والشرطي الذي يقبض علي من يرتكب مخالفة القانون ويقتاده إلي قسم الشرطة لتحرير محضر له. فكل هذا الخطر مشروع بخلاف ما لو كان غير مشروع كالاعتداء علي النفس أو المال أو العرض فإن الدفاع هنا حق مشروع.

رابعاً: عدم إمكان دفع الخطر الحالي إلا بالقوة.

ومعنى ذلك أنه يشترط ألا يكون في الإمكان وقف هذا الاعتداء بالالتجاء إلي السلطات العامة أو إلي أي طريقة أخرى غير استعمال القوة مع المعتدي .والقانون لا يقر الهرب كوسيلة لإمكان دفع الخطر الحالي لما في ذلك من الجبن الذي لا تكره الكرامة الإنسانية.

خامساً: أن يكون الفعل الضار بالقدر الضروري لدفع الاعتداء فإذا قبض الشخص علي اللص الذي حاول أن يسرقه وتغلب علي مقاومته نهائياً ثم شرع في ضربه. فإن الضرب لا يعتبر من قبيل الدفاع الشرعي لأن الضارب تجاوز في دفاعه القدر الضروري اللازم لدفع الاعتداء وهذه المجاوزة تعتبر خطأ في جانبه. فيسأل عن تعويض الضرر الناشئ عنها غير أن مسئوليته تكون مخففة. فلا يلتزم إلا بتعويض يراعى في تقديره أن المضرور هو الذي بدأ الاعتداء.

فإذا توافرت هذه الشروط السابقة نشأ حق الدفاع الشرعي- وباستعماله يرفع عن الفعل الضار صفة الجريمة الجنائية فهو ينفي صفة الخطأ المدني من باب أولى- لأنه يستعمل حقاً له خوله القانون إياه ما دام لم يجاوز حدود هذا الحق وإلا سئل عن هذا التجاوز.

ثانيا: حالة الضرورة :-

وهي الحالة التي يوجد فيها الشخص إذا أضطر لدرء خطر جسيم أن يلحق بشخص أخر ضررا لا يجاوز الضرر الذي يتحاشاه . (١) وقيل بأنها حالة يسبب شخص فيها ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو غيره. ليس مصدره الشخص المضرور كما في حالة الدفاع الشرعي كما لو أتلف شخص شيئا مملوكا لغيره في سبيل إطفاء حريق شب في داره.

ومثل حالة الشخص المشرف علي الغرق دون خطأ منه إذا كان يستطيع النجاة بتضحية سلامة غيره أو مال غيره- فهي ظروف تحيط بالشخص وتدفعه لاتقاء ضرر يهدده إلي الأضرار بغيره- كسائق السيارة أوقفها فجأة ليتجنب عابر ظهر بغتة أمامه فأصاب الراكب أو اتجه بها يمينا بسرعة فاتلف مالا (٢) .

وينص القانون المدني علي حالة الضرورة في المادة ١٦٨ علي (أن من سبب ضررا للغير يتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا .)

١- د/ سليمان مرقص ص٣٧٣
٢- د/ محمد جمال الدين زكى ص٢٢١

• **ومـن هـذه المـادة يتضـح لنـا بانـه يجـب توافـر شـروط ثلاثـة لوجـود هـذه الحالـة :-**

١- أن يكون هنالك خطر أو ضرر محدق بمحدث الضرر أو بغيره بدون فرق في هذا الشأن بين خطر يهدد النفس- وخطر يهدد المال بعكس الحال في المسئولية الجنائية حيث يشترط لارتفاعها بسبب الضرورة أن يكون الخطر يهدد النفس (١).

٢- أن يكـون الضـرر المراد دفعه أكبر من الضرر الحادث فلا يجوز كسر منزل الطبيب واقتحامه ليلاً لمجرد أن إنسانا أصابته وعكة خفيفـة ولا يجوز قتل الأم لإنقاذ الجنين - ولكن يجوز أن يضحي بحياة الفرد لإنقاذ حياة الجماعة - ويترتب علي ذلك أنه إذا كان الخطر الذي يراد دفعه يساوى القيمة الأقل من الضرر الذي أصاب المضرور فلا تتوافر حالـة الضرورة - ولذلك يسأل مرتكب الضرر عن تعويضه المضرور تعويضاً كاملاً لأنـه يعتـبر مخطئـا .

والجدير بالذكر أن ارتكاب الضرر في حالـة الضرورة لا يرفع المسئولية كلية عن مرتكب الضرر. ولذلك يكون ملزمـا بالتعويض الـذي يراه القاضي مناسباً بخلاف حالة الدفاع الشرعي التي ترفع المسئولية كليـة عن المدافع لأن الضرر الذي كان يهدد المسئول لم يصدر عن الشخـص المضرور كما في حالة الدفاع الشرعي.

٣- يجب أن يكون مصدر هذا الضرر أجنبيا عـن الشخـص المضرور - بخلاف حالة الدفاع الشرعي فإنه يصدر الخطر المهدد بـه عـن ذات الشخص المضرور.

٤- يجب ألا يكون هنالك وسيلة أخرى تدفع الخطر بغير إحداث الضـرر-

---

(٢٥١) د/ السنهوري ص ٩٠٠ قارن د/ مختار القاضى

أو علي الأقل لا توجد وسيلة أخرى أكثر مناسبة من هذه الوسيلة ففي حالة الحريق لا يجوز إلقاء المنقولات الثقيلة علي منزل الجار إذا تمكن نقلها بطريق سهل بدون خطر.

٥- يجب ألا يكون متقي الخطر هو المحدث له أي لا دخل لارادته في إيجاد هذا الخطر وإلا كان مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه بالغير توقياً لهذا الخطر مسئولية كاملة.

فإذا توافرت هذه الشروط السابقة وأرتكب الشخص الفعل الضار تحت تأثير الضرورة فإنه يكون غير مخطئ ، غير أنه يلتزم بدفع تعويض مناسب حسبما يراه القاضي في كل حالة علي حدها لآن تقدير التعويض في هذه الحالة متروك لقاضي الموضوع.

إذن كما قلنا حالة الضرورة لا ترفع المسئولية كلية.

▪ تنفيذ أمر الرئيس :

تنص المادة ١٦٧ م علي أنه (لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي اضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس متي كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه - أو كان يعتقد أنها واجبة وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنياً علي أسباب معقولة- وأنه راعى في عمله جانب الحيطة.)

ومما سبق نستنبط بأن المسئولية تنتفي عن مرتكب الضرر إذا توافرت هذه الشروط.

١- أن يكون من صدر منه الفعل الضار موظفاً عاماً سواء كان يعمل في الإدارات المركزية في الدولة كالوزارات المختلفة أم في المصالح العامة ذات الشخصية المعنوية كالجامعات ـ أم في الوحدات الإدارية الإقليمية كالمحافظات بخلاف الموظفين غير العموميين فإنهم لا يستفيدون من الحكم الوارد في النص . (١)

ويجب الرجوع إلي قواعد القانون الإداري لتحديد المقصود بالموظف العام.

٢- أن يكون الموظف العام قام بالعمل الضار تنفيذا لأمر صدر إليه من رئيس له أو كما أقرت به القوانين. (٢)

٣- اعتقاد الموظف أن طاعة أمر الرئيس أمر واجب عليه.

٤- لابد من توافر حسن نيته باعتقاد مشروعية العمل الذي وقع منه. واعتقاده هذا يكون مبنيا علي أسباب معقولة ولابد أن يراعى في عمله جانب الحيطة. وعلي الموظف أن يثبت حسن نيته.

وفي حالة توافر هذه الشروط فإن الموظف الذي وقع منه الضرر لا يسأل عن تعويضه مع مقياس سلوكه بسلوك الشخص العادي لو وجد في نفس الظروف التي حدث فيها الضرر. وارتفاع المسئولية عنه لا يمنع من مساءلة رئيسه الذي أصدر إليه الأمر الذي ترتب الضرر علي تنفيذه متي أمكن اعتبار مسلك هذا الرئيس خطأ (٣) .

فعسكري الشرطة الذي يأمره الضابط بالقبض علي شخص أو تفتيش مسكنه في حالة لا يجوز فيها القبض والتفتيش يكون معذورا إذا اعتقد أن مع الضابط إذنا بالقبض والتفتيش من النيابة أو أنه كان في حالة تلبس وعليه عبء الإثبات بخلاف ما لو أمر الضابط عسكري الشرطة بالقبض علي شخص ما حتى كسر ذراعه أو أحد أعضاءه فلا يسأل العسكري عن القبض نفسه وإنما يسأل عما أحدث من أصابه.

١- د/ محمود جمال الدين زكي ص٢٢٠
٢- د/ السنهوري الوسيط ج٨ ص٨٩٨
٣- د/ لبيب شنب ص٣٥٢

ويقول أستاذنا الدكتور مختار القاضي معللاً الإعفاء من المسئولية في هــذه الحالــة (وهذا الإعفاء يرجع في الواقع إلي الرغبة في تأمين المصلحة العامة خشية أن تمتد إليها التمرد من المرؤوسين ، إذ يخشى أن يأمر رئيس من هو دونه فيفرض هذا أمر الرئيس بالحق وبالباطل ، فروئ في الحالات الغامضة التي يعذر فيها المرؤوس من التصرف علي حقيقة الأمر ومداه ، أن يعفي من المسئولية وأن يتحملها الرئيس وحده). (١)

ثالثاً: رضا المجني عليه « المضرور » . (٢)

المبدأ العام في هذا الأمر هو أن رضا المضرور بالضرر صراحة أو ضمنها أو رضى بالفعل الذي أدى إلي الضرر عالماً باحتمال حدوث الضرر وكانت درجة الاحتمال كبيرة تجاوز الحد المألوف في الظروف العادية أي الحد الذي يقبل أغلب الناس أن يعرضــوا أنفسهم لــــه.

ومتي وقــع ذلك صحيحــا يتوافــر شروطــه فإنه يرفع عن الفاعــل واجب احترام الحق الذي وقع المساس به بالتالي يرجع نقله لاخطاء فيه أي لا مسئولية فيه-مثل: الشخص الذي يطلب من شخص أخر حرق أثاث أو قلع مزروعاته ومثل أن يطلب شخص من الطبيب إجراء عملية جراحية خطرة مع علمه بخطورتها وبالأضرار الكبيرة المحتملة.

١- د/ مختار القاضي ص١٦٧

٢ د/ سليمان مرقص ص٣٩١ وما بعدها.

▪ شروط صحة رضا المجني عليه :

• يشترط للرضـــا الصحيـــح مـن المجني عليـــه شرطـــان :-

الشرط الأول :-

أن يكون الرضـا صـادراً مـن شـخص لـه أهليـة وغير مشـوب بعيـب مـن عيوب الرضا، فإذا كان المضـرور قـاصراً وجـب أن يكـون قبولـه المخاطـر مصحوبـاً برضـا وليـه أو وصيـة وصـادراً عـن إرادة حـرة، وعـن علـم تـام بحقيقة الأمر حيث لا غـش فيه ولا غلط، فإذا قبل المصاب أن يعرض نفسه لمخـاطر معينـة فلابد أن تكون غير عاديـة أن يكـون القـابل لـهـا عالمـاً بجسامتها وبكثرة احتمال تحققها علماً حقيقياً صحيحاً.

الشرط الثاني :-

أن يكون الرضا مشروعا أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة ولا يكون الرضا كذلك إلا إذا كان الحق الذي قبل المضرور المساس بـه أو تعريضه للخطر مما يجوز لـه التصرف فيـه مثل: الأموال بجميـع أنواعـها بخلاف الحقوق الشخصية كالحق في الحياة وفي سـلامة الجسم وغير ذلـك من الحريات الأخرى . فإن رضا الإنسان بالمساس بها غير مشـروع وبـاطل إلا إذا كان المساس بسلامة جسم الإنسان ضرورياً لحفظ حياتـه. أو لصيانـة صحته كاستئصال أحد أعضائه ـ استيفاء لحياته أو جراح خطرة يرجى منـها إنقاذه من الموت ـ فالرضا بذلك يكون صحيحاً ومشروعا .

وجملة القول فيما سبق ـ أن قبول المرء للتعرض لمخاطر عادية تهدد سلامته قد يقع صحيحاً ـ ويترتب عليه انتفاء خطأ الفاعل الذي اعتمـد علـي هذا القبول إذا كان الغـرض منـه العلاج الضـروري ـ أو علاجـاً يزيـد نفعـه علي احتمال ضرره أو غرضا اجتماعيا ساميا كتنشيط الرياضة وما يترتب عليه من تقوية الأجسام وتحسين الصحة بوجه عام .

■ النـــوع الثالـــث :-

• الخطأ في استعمال الحق أو التعسف فيه.

إن هناك صـــورة خاصة للخطأ وهي الخطأ في استعمال الحـــق . فمن المسلم به في وقتنا هذا أن الحقوق مطلقة كما كانت في الماضي فالمالك كان يفعل في ملكه ما يشاء حتى ولو أدى استعمال إلي لحوق ضـــرر بالآخرين ـ ولكن القانون المدني الجديد أخذ بالمبدأ العام في الشريعـــة الإسلاميـــة الذي وضعـــه الرســـول (ص) حينمـــا قـــال :- ﴿ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ﴾ ومن هنا جعل المشرع للحقوق وظيفة فردية ـ وظيفة اجتماعية ـ ولذلك يتعين علي صاحب الحق في استعماله لحقه أن يسلك سلوك الشخص المعتاد حتى لا يضر بالغير ، والشخص المعتاد يستعمل حقه لتحقيق غرض من أجله أقر القانون وجوده وتكفل بحمايته ولذلك يعد الشخص منحرفا عن السلوك المعتاد إذا استعمل حقه استعمالا غير مشروع أو بغرض أخر غير الغرض الذي شرعه القانون.

ولذلك وضع المشرع ضوابط ومعايير للتعسف في استعمال الحق فلقد نص في المادة الرابعة علي مبدأ المشروعية لاستعمال الحقوق حيث قـــال (من استعمل حقـــه استعمالا مشروعـــا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر).

ثم حدد في المادة الخامسة مدني معيار التعسف ووضع له ضوابط ثلاثة:-

ونـص صراحـــة علـي أن يكـــون استعمال الحـــق فـي غـــير مشـــروع في الأحوال الآتية:-

١- قصد الأضرار بالغير (إذا لم يقصد به سوى الأضرار بالغير مـثل أن يقيم شخص بجوار الحد الملاصق لارض جاره بناء أو غرسا ليحجب الهواء والشمس عن أرض الجار حتى لا تنبت أو أن يقيم شخـــص دعوى أمام المحكمة بقصد الأضرار بالمدعي عليه والتشهير به (١) .

---

(١) نقض م في أكتوبر ١٩٥٩ - م ق م ١٠ / ٧٨ - ٥٧٤
" " ١٨/ ٢/ ١٩٦٥ - ١٦- ٢٨- ١٧٨

٢- رجحان الضرر علي المصلحة رجحانا كبيرا (إذا كانت المصالح التي يرمى إلي تحقيقها قليلة الأهلية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها مثل (أن يقيم المالك مدخنة مسكنه في مكان يتجه دخانها إلي مسكن الجار ليقصد نفقات إقامتها في مكان أخر(١)

٣- عدم مشروعية المصالح التي يرمي صاحب الحق إلي تحقيقها (إذا كانت المصالح التي يرمي إلي تحقيقها غير مشروعة .)

فصاحب الحق يعد متعسفا إذا عمد إلي استعمال حقه تحقيق مصالح غير مشروعة كصاحب العمل الذي يفصل عاملاً لديه لانضمامه إلي نقابة بغية إعاقة النشاط النقابي أو الحد منه.

ويترتب علي استعمال الحق غير المشروع في الأحوال السابقة أن صاحبه يلتزم بتعويض الأضرار التي تصيب بالغير.

بسبب هذا الاستعمال. فالاستعمال غير المشروع للحق أو التعسف فيه يعتبر خطأ يلزم مرتكبه بتعويض الضرر الناشئ عنه (٢)

فالواجب علي صاحب الحق أن يراعي الضوابط التي وضعها له المشرع وإلا أصبح مسئولاً يسأل عن خطأه . وما يسببه الغير من أضرار.

(١) د/ جمال الدين زكي صـ ٢٢٥ .
(٢) د/ لبيب شنب صـ ٣٤٨ .

المطلب الثاني
الركــن الثاني « الضــرر »

ومما لا شك فيه أن الضرر هو الركن الأساسي للمسئولية لأنه لا يتصور وجود التزام بالتعويض دون وجود ضرر .

والضرر يعتبر ركنا أساسيا فـى المسئولية عن الفعل الشخصي وعن فعل الغير وعن الأشياء . وإذا تحدثنــا عـن الضــرر كركـن مـن أركـان المسئولية عن الفعل الشخصي فـإن الحديث يكفـى عن الضـرر كركـن من أركان المسئوليــة عـن فعـل الغـير والأشـياء .

• **تعريفــــة :**

هـو الأذى الذي يصيب الشخص فى حـق مـن حقوقــه . وفــى مصلحـة مشروعه له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقا بسلامــة جسمــــه أو عاطفتــــه أو مالـــه أو حريتــه ـ أو شرفــه واعتبـــاره ...... الـــــخ . (١)

وقيـــل هـــو الإخـــلال بمصلحـــة مشروعــه للشخص (٢)

ومن التعريف الثانى نستنبط بأنــه يشترط فـى الضرر الـذى يستوجـب التعويض شرطـــان وهمـــا :-

١- وجود إخلال وهو ما يعبر عنه بأن يكون الضرر مؤكداً .
٢- أن يكون الإخلال بمصلحة مشروعــه للشخص .

شروط الضرر :-

أن يكون الضرر محققا بمعنى أن يكون حالا ، أو بعبارة أخرى أن يكـون قد وقع فعلا أو سيقع حتما لتحقق الوقوع فى المستقبل .

١- د / سليمان مرقص ص ٣٥١
٢- د / لبيب شنب ص ٣٣٥

فالضرر المستقبل متى كان وقوعـه مؤكداً فإنـه يمكـن المطالبـة بـالتعويض عنه كلما أمكن تقديره مثـــل :

أن يصاب شخص بعاهة تعجزه عـن العمل عجزاً دائماً ـ فإنـه يستحق فى هذه الحالة تعويضاً عن العاهة التي لحقت به وعن الضرر الذى سيلحقه نتيجة عجزة عن العمل فى المستقبل فهذا الضرر مؤكداً . (١)

بخلاف ما لو كان وقوع الضرر فى المستقبل محتملاً أي يمكن وقوعه فى المستقبل أم لا فإن الشخص فى هذه الحالة لا يستحق تعويضاً عنه (٢) مثـل ما لو تعثرت قدم سيدة فى شئ موضوع فى الطريق وأصيبت بجـروح ـ فالجروح بلا شك تعتبر ضرراً حالا غير محقق فلا تستحق تعويضاً عنـها ـ ولا تستطيع أن تطـالب بـه ـ لأن الضـرر المحتمل قد يحدث وقد لا يحدث وجمله القول فيما سبق أن الضرر الذى يعوض عنـه لابـد أن يكـــون موجـوداً وقت رفع دعوى المسئوليـة أو محقق الوجـود فى المستقبل ويجــب فـى هـــذه الحالـــة أن يتوافــر أمـــام القـاضى الوســـائل اللازمـــة لتقـدير قيمـة الضرر فى المستقـــبل .

وهــذا أمــر صعب لأن القـاضى فـى الغـالب لا يستطيع تقدير عنـاصر الضرر مقدمـاً ـ ولكـن يستطيع التغلب عليـها بـأن يقـدر الضـرر المستقبل تقديراً مؤقتاً وليس نهائياً ويحتفظ للمضرور بالحق فى الرجوع إلى القاضى فى المستقبل يطلب التقدير النهائي متى ثبتت عناصر الضـرر بصفـة مؤكـدة كما يجوز للقاضى أن يجعل للمضـرور تعويضـاً دوريـاً كـإيراد مرتـب مـدى الحياة كما فى حالة العجز طول الحياة عن العمل . (٣)

---

(١) م ق م ١٦ - ١١٧ - ٧٣٦ فى ٥ / ٦ / ١٩٦٥
(٢) م ق م ١٦ - ـ ٩٣ - ٥٧٥ فى ١٣ / ٥ / ١٩٦٥
(٣) د / لبيب شنب ص ٣٣٧

ويجب التفرقة بين الضرر المحتمل الذى لا يكون محلاً لتعويض وتفويت الفرصة الذى يعتبر ضرراً حالا يجب التعويض عنه ـ وقد استقر القضاء المصرى على أن تفويت ـ أو تضييع فرصة السب يعتبر أى حد ذاته ضرراً محققا يتعين الحكم بالتعويض عنه كتفويت فرصة النجاح فى الامتحان ـ وفرصة الموظف فى الترقية إلى درجة أعلى (١).

• وكذلك مثل : ما لو أهمل محامى فى استئناف حكم صدر ضد مصلحه موكله ـ فإنه هذه الحالة قد ضيع عليه فرصة الاستئناف وهذا ضرر محقق يوجب التعويض عنه بخلاف المطالبة عما كان سيترتب عليه بعد الحكم للشخص فى حالة كسبة الاستئناف فهذا أمر محتمل لا محقق (٢) وكذلك يشترط أن تكون المصلحة التى حصل الإخلال بها مصلحة مشروعه وهذه المصلحة قد تكون موضحة لحق المضرور كإتلاف ماله ـ فإن هذا التلف يعتبر ضرراً بخلاف ما لو كانت المصلحة غير مشروعه فلا يعوض عن الإخلال بها .

وبناء على ذلك نجد الخليلة لا تستحق تعويضاً عن الضرر الذى أصابها بوفاة خليلها الذى ينفق عليها لأن مصلحتها هذه غير مشروعه .

■ أنواع الضرر :-

الضرر نوعان

ضرر مادي ـ وضرر أدبى أو معنوي :-

■ الضرر المادى : -

هو الإخلال بحق للمضرور ذى قيمة مالية أو بمصلحة مشروعه له ذات قيمة مالية مثل : الاعتداء على حق مالى أيا كان نوعه سواء كان حقا عينيا كإتلاف عقار أو اغتصابه أو سرقة منقولات ـ أو إفسادها ـ أو حرق محصول ـ أو قطع زراعة أو حقا شخصيا كالتواطؤ مع المدين فى عدم الوفاء بالتزامه أو فى إنقاص ضمان دائنه ـ أو إخفائه ، أو حقا معنويا كنشر مؤلف دون إذن صاحبه .

---

(١) د / جمال الدين زكى ص ٢٢٦

(٢) م ق م ٩ ٨٨ ٦٨٤ ١٣ / ١١ / ١٩٥٨ وفى ٢ / ٣ / ١٩٦٢ ـ
١٣ / ٥٥ / ٣٥

ويعتبر أيضا ضرراً مادياً قيام التزام فى جانب شخص كان يمكنه الوفاء به كالمحضر إذا أهمل فى إعلان صحيفة الدعوى أو الوصي إذا أهمل فى الاحتفاظ بمال الصغير .

■ **الضرر الأدبي أو المعنوي :-**

وهو ما يصيب الإنسان فى شرفة أو عاطفته أو فى حق من الحقوق الأدبية التى لا تقوم بمال . (١)

ويرى بعض الفقهاء أن الضرر الأدبى لا يجوز التعويض عنه ـ لأن التعويض شرع لإزالة الضرر ـ والضرر الأدبي لا يزال بالتعويض كما انه لا يمكن أن يقدر، وما دام تقديره مستحيلاً فتقدير التعويض مستحيل كذلك ـ ولكن يرد على ذلك بأن التعويض أن كان لا يزيل الضرر الأدبى للشخص إلا أن فيه بعض العزاء . أما القول بأن تقديره فيه استحالة فأنه من الممكن أن يقدر وفقا لحالة كل شخص ـ وفق العرف المتبع ـ كما أن تقدير الضرر المادى فى بعض الحالات قد يكون عسيراً علماً بأن التعويض عنه محل اتفاق وأخيراً قد أستقر الفقه والقضاء على أن الضرر الأدبى يصلح أساسا للتعويض كالضرر المادى سواء بسواء .

فالضرر بنوعيه يجب التعويض عنه متى كان محققا وقد نصت المادة ٢٢٢ مدنى على ذلك صراحة بقولها (يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً) .

---

(١) د / مختار القاضى ص ١٥٤

• غير ان المشرع قيد التعويض عن الضرر الأدبى بقيدين .

• **القـــيد الأول :-**

أنـــه لا ينتقل الحق فـى التعويض عن الضـرر الأدبـى حـال الحياة أو بسبب الوفاة إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء (١)

وبناء على ذلك فلا ينتقل حق التعويض عن الضرر الأدبى بوفاة المضـرور إلى وارثة كما لا يجوز للمضرور أن يحول حقه إلى غيره إلا فى حالتين :

الأولي :- أن يكـون التعويض محـــددا بين المضرور والمسئول بناء على اتفاقهمـــــا .

الثانية :- أن يكون المضـرور قـد رفع دعوى يطالب فيها بالتعويض عنه.

• **القيد الثاني :-**

لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلـى الدرجـة الثانية عمـا يصيبهم من ألـــم من جـــراء موت المصاب . (٢)

إذن فى هذه الحالة نجد القـانون قد أشترط لتعويض الألـم الـذى يصيب شخصا بسبب موت شخص أخر .

أن يكون المضرور زوجا للمتوفي ـ أو قريبا لـه حتـى الدرجـة الثانية وهم الأب والأم والجدان والجدتان والأولاد ـ وأولاد الأولاد ـ والأخوة والأخـوات فيحكم بالتعويض لمن أصابه من هؤلاء الأقارب ألم حقيقـي بمـوت المصـاب عما لحقه من ضرر أدبى .

■ **إثبات الضـــــرر :-**

يقـع عبء إثبـات الضـرر علـى عـاتق المضـرور ـ ويسـتقل قـاضى الموضـــوع بتقدير ثبوت أو نفى الوقائــــع المكونـــة للضـرر ســواء كـان أدبيا أو مـــاديا . ولكـــن وصـــف هـــذه الوقائــــع بالضرر أي تكييفهـــا مـــن التعـويض فهـــذه مسألـــــة قانونيـــة يخضع القاضى فيهـــا

---

(١) ٢٢٢ فقره ١ مدنى
(٢) ٢٢٢ فقرة ٢

لرقابة محكمة النقض ـ ولذلك استقرت الدائرة المدنية لهذه المحكمة على أنه يجب على قاضى الموضوع بيان عناصر الضرر فى حكمه بخلاف الدائرة الجنائية بالمحكمة نفسها .

وقد قضت محكمة النقض (بأن تقدير ثبوت الضرر وعدم ثبوته من المسائل الموضوعية التى تدخل فى حدود سلطة محكمة الموضوع بغير معقب من محكمة النقض فى ذلك ما دام الحكم قد بين عناصر الضرر ووجه أحقية طالب التعويض فيه) (١)

كما قضت المحكمة بأنه وأن كان يجوز لمحكمة الموضوع أن تقضى بتعويض إجمالي عن جميع الأضرار التى لحقت بالمضرور إلا أن ذلك مشروط بأن تبين عناصر الضرر الذى قضت من أجله بهذا التعويض وأن تتناقش ك عنصر فيها على حدة ـ وتبين وجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته ـ كما قضت بأن تعيين العناصر المكونة للضرر والتي يجب أن تدخل فى حساب التعويض من المسائل القانونية التى تهيمن عليها محكمة النقض . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بالتعويض بصورة مجملة دون أن يبين عناصر الضرر ـ فإنه يكون معرضاً للبطلان لقصور أسبابه مما يستوجب نقضه . (٢)

١- م ق م ٢٣ - ٩٥٢ فى ٢٦ / ٦ / ١٩٧٦
م ق م ١٩ ـ ٤٠٢ فى ٨ / ٤ / ١٩٦٨
م ق م ٢٤ ـ ٥٥٢ فى ٢٩ / ٤ / ١٩٧٢

٢- م ق م ٩ / ١٢ / ١٩٦٥ فى ١٦ / ١٢ / ٤٤
م ق م ٣١ / ٣ / ١٩٧٠ ـ ٢١ ـ ٥٣٨
م ق م ١١ / ٤ / ١٩٦٣ ـ ١٤ ـ ٥٢٠

المطلب الثالث

الركن الثالث « رابطة السببية »

يلـــزم لقيـــام المسئوليـــة أن تتوافـــر بيـن الخطـأ والضـرر رابطـة السببية . فهى الصلة التي تربطها بين الخطأ والضرر .

فالخطأ هو السبب والضـرر هـو المسبب ولا يكفـى أن يكـون هنـاك خطـأ وضرر بل يجب أن يكون هـذا الضـرر نتيجـة مباشـرة لذلـك الخطـأ . فالعلاقة السببية هى الركن الثالث للمسئولية التقصيرية ـ وتتفق فيه مـع المسئولية العقدية أما إذا كان هنـاك خطـأ وضـرر ـ ولـم يكـن الضـرر نتيجـة للخطـأ فـلا مسئولية لعدم وجود رابطة السببية مثل :-

ما لو قـاد شـخص سيارة بغير رخصـة قيـادة أو سـار بـها علـى يسـار الطريق فأصاب أحد المارة الذى تبين أنه ألقى بنفسه أمام السيارة .

فالحقيقة أن الضرر الذى لحق الأخير لم يكن نتيجة خطـأ الأول فالسـائق بلا شك أرتكب خطأ فى قيادته للسيارة بدون رخصـة حيث قد خـالف لوائـح المرور ثم تسبب فى ضرر أصاب بعض الأشخاص ومع ذلك فلا مسئوليـــة. وتقدير توافر السببية أو عدم توافرها من المسائل الموضوعية التـى تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب عليها ما دام تقديرها سـائغا مستندا إلـى أدله مقبولة ولها أصلها فى الأوراق . وأنه يكفى لتوافر رابطة السببية بين خطأ المتهم والضرر الواقع أن تستخلص المحكمـة مـن واقـع الدعـوى أنـه لولا الخطأ المرتكب لما وقـــع الضرر . (١)

١- م ق م فى ٧/١١/١٩٧٧ - ٢٨ - ٩٢١
م ق ج فى ٣٠/٦/١٩٦٩ ١٠ ٩٩٣

والحقيقة أن فى بعض الظروف قد يكون تقدير توافر السببية دقيقا وخصوصا فى حالة تعدد الأسباب - وفى تعاقب الأضرار . فإذا تعددت الأسباب التى أدت إلى وقوع الضرر بحيث يكون خطأ المدعى عليه ما هو إلا أحد الأسباب - فهنا يثور التساؤل . هل يسأل المدعى عليه ؟ عن هذا الضرر وحده وهل يسأل أيضا عن الأضرار المتعاقبة أم على بعضها فقط ؟

= موقف الفقه فى حالة تعدد الأسباب :-

اختلف الرأى فى ذلك حيث يرى بعض الفقهاء الأخذ بنظرية تعدد الأسباب أو تكافؤ هذه الأسباب وهذه النظرية تنسب الفقيه الألمانى " فون بييرى " ومضمون هذه النظرية أن كل سبب ساهم فى أحداث الضرر فكل سبب كان شرطاً لوقوعه بحيث لو تخلف لما وقع الضرر . وعلى ذلك يعتبر الخطأ سبباً للضرر إذا كان قد تدخل فى وقوعه - ولو أسهمت فى أسباب أخرى فى هذا الوقوع ما دام الضرر ما كان ليحدث لو لا وقوع الخطأ .

ولكن يؤخذ على هذه النظرية بأنها تسوى بين جميع الأسباب التى تداخلت فى حدوث الضرر دون اعتبار واهتمام للدور الذى قام به كل سبب . فهى تعتبر الخطأ سبب للضرر - ولو كان للدور الذى قام به فى وقوعه دوراً ثانوياً أو تافهاً ولذلك فالمنطق والعدالة يأبيان الأخذ بها . (النظرية الألمانية)

ويرى البعض الأخر من الفقهاء أن الأخذ بنظرية السبب المنتج أو الفعال ويتزعمها الفقيه الألمانى (فون كريس) ومؤداها أنه إذا تعددت العوامل فانه لا يكفى اعتبار عامل منها فى حدوث الضرر - أى لولا وجوده لما وقع الضرر - وإنما يتعين أن يكون هو العامل المنتج أو الفعال فى أحداث الضرر - ويكون كذلك إذا كان هو العامل الحقيقى أو المألوف الذى يؤدى إلى أحداث الضرر - وما عداه يعتبر مجرد أسباب عارضة ثانوية ليس من شانها فى ذاتها وفقا للمجرى العادى للأمور إلى أحداث الضرر .

فلو أهمل مالك السيارة فى حفظها فسرقها أحد الأشخاص وقادها بسرعة أدت إلى قتل شخص ثالث . فإنه وفقا لنظرية تعدد الأسباب يمكن القول بأنه لولا إهمال المالك ما تمكن الجاني من سرقتها وبالتالي يكون هناك رابطة سببيا بين إهمال مالك السيارة وبين الضرر ولكن وفقا لنظرية السبب المنتج أو الفعال فأن إهمال مالك السيارة فى حفظها ليس من شأنه وفقا للمجرى العادي للأمور أن يؤدى إلى قتل الغير وهو لم يساهم فى ذلك إلا لاقترانه بعامل فعال هو قيادة السيارة بسرعة فيكون هذا العامل الأخير وحده هو السبب المنتج ومن ثم تقوم بينه وحدة ـ وبين الضرر رابطة السببية (١)

والذي أراه هو الأخذ بالسبب المنتج صاحب الدور الفعال لوقوع الضرر فإهمال المالك فى المحافظة على سيارته ما هو إلا سبب عارض . ولا يكفى وحده لإثبات القتل وعلى هذا يعتبر السارق وحدة مسئولا عن الضرر الذى حدث . (٢)

---

(١) د / السنهورى فقرة ٦٠٥ ـ ٦٠٦ ـ د / سليمان مرقص ٤١٠ وما بعدها د/ جمال زكى ص ٢٣٠ ـ ١٩٦٨ .

(٢) (بهذا قضت محكمة النقض حيث قالت يجب تحديد المسئولية الوقوف عند السبب المنتج فى أحداث الضرر دون السبب العارض)
م ق م ١٨ ـ ١٥٦٠ فى ٢٦ / ١٠ / ١٩٦٧
م ق م ١٧ ـ ١٢٠١ فى ١٩ / ٥ / ١٩٦٦

▪ تعاقب الأضـــرار :-

أما إذا وقع ضرر نتيجة الخطأ ثم تعاقبت الأضرار الناشئة عن هذا الخطأ فلا يسأل من أرتكبه كما فى المسئولية العقديـة إلا عن الضـرر الـذى يعتـبر نتيجة حقيقية له (١) أو ما يعبر عنه بالضرر المباشـر الضـرر الـذى يترتب على الخطأ وفقاً لمجرى العادى للأمـور . أمـا الضـرر الـذى لا يعتبر نتيجـة طبيعية للخطأ وهو ما يطلـق عليـه بـالضرر غير المباشر فـلا تقوم رابطـة السـببية وبيـن الخطـأ ويـترتب علـى ذلـك عـدم المسـئولية ـ وإذا انتفـت المسئولية انتفى التعويض . (٢)

• ما أثر تعدد الأسباب :-

وفقــاً لنظريــة السبب المنتج فأن المدعى عليـه وحدة يلـتزم بتعويض كل الضرر الذى نتج عن فعله وفي حالة اجتمـاع خطـأ المدعـى عليـه وخطـأ المضـرور فـأن المدعـى عليـه لا يلـتزم بتعويـض كـل الضـرر بـل بقـدر مـن التعـــويض المناســـب لخطـــأه . ولذلــك تنــص المـــادة ٢١٦ مـــن القانـــون المدني على أنه (يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطـا قـد أشترك فـى أحـداث الضـــرر أو زاد فيـــــه .

وإذا أجتمع خطأ المدعى والقوة القـاهرة كعاصفـة أو زلـزال مدمـر فـلا يؤثر ذلك على التزام مرتكب الخطأ بالتعويض الكامل للضـرر . وعلـى ذلـك لو سارت سيارة بسـرعة فـإذا بريـح عاصفـة يقتلـع شـجرة ويلقـى بـها فـى عرض الطريق فينحرف قائد السيارة ليتفادها فأصاب شخص يسـر فـى هـذه الآونــة فإن السـائق بـلا شـك يسـأل مسئوليـــة كاملـــة عـــن الضـــرر الـذى أصـــاب أحـد المـــارة .

---

(١) يعتبر الضرر وفقاً للمادة ٢٢١ - ١ نتيجة طبيعية للخطأ إذا لم يكن فى استطاعة الدائن إن يتوفاه ببذل جهد معقول .

(٢) د / جمال زكى ص ٢٣٠ حيث يرى بان الضرر المباشر هو الذى يعتبر نتيجة ضرورية أو محققه للواقعة التى لحقها الخطا

وإذا اجتمع خطأ شخصى من الغير مع خطأ المدعى عليه فإنه يجب على القاضى أن ينقص مسئولية المدعى عليه - بقدر إسهام خطأ فى أحداث الضرر - وبناءا على ذلك إذا وضع شخص حاجزا فى وسط طريق مظلم فاتت سيارة مسرعة فاصطدمت بهذا الحاجز وترتب على ذلك انحرافها عن الطريق وأدى ذلك إلى هدم أحد المنازل فإن السائق بلا شك يسأل عن هذا الهدم غير أن مسئوليته لا تكون كاملة فينقص من مقدار التعويض فوراً يتناسب مع خطأ الغير - وهو الشخص الذى وضع الحاجز فى الطريق . (١)

■ *إثبات رابطة السببية :-*

الأصل أن مدعى التعويض يجب أن يثبت أركان المسئولية جميعها بما فيها رابطة السببية . ويجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن المستخلصة من ظروف حدوث الضرر . بل كثيرا ما تكون هذه القرائن واضحة حيث يبدو أن الأمر لا يحتاج إلى دليل على توافر السببية .

ولكن من حق المدعى عليه أن يدفع مسئوليته ويهدم هذه القرائن بإثبات انعدام السببية بين خطأه والضرر الذى لحق المصاب كما يجوز له أن ينفى هذه السببية بإثبات أن الضرر كان نتيجة لسبب أخر أجنبي عنه سواء كان السبب الأجنبي هو العامل الوحيد لحدوث الضرر أم كان هو العامل الذى سبب فعل الفاعل الذى أحدث الضرر . (٢)

---

(١) د / لبيب شنب ص ٣٦٤ م السابق
(٢) أنظر المادة ١٦٥ مدنى

وإثبات علاقة السببية هذه مسألة تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض ـ وقد قضت محكمة النقض بذلك حيث قالت متى أثبت المضرور الخطأ والضرر وكان من شأن ذلك أن يحدث عادة هذا الضرر فإن القرينة على توفر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور.

وللمسئول نقض هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه (١) كما قضت بأن استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر هو من مسائل الواقع التي يقدرها قاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك كمحكمة النقض إلا بالقدر الذي يكون فيه استخلاص غير سائغ (٢)

= انعدام علاقة السببية :-

تنص المادة ١٦٥ مدني على أنه إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك .

---

(١) م ق م ١٩ - ١٤٤٨ -
(٢) م ق م ٩ ـ ١١٥٤ في ١١ / ٣ / ١٩٤٨
م ق م ١٧ ـ ١٦٢٩ في ٨ / ١١ / ١٩١٦ وفي ١ / ٥ / ١٩٧٢
م ق م ١٨ / ١١ في ٣ / ١ / ١٩٦٧
م ق م ٢٥ / ١٥١٩ في ٣١ / ١٢ / ١٩٧٤
م ق م ٢٢ ١٠٦٢ في ٢١ / ١٢ / ١٩٧٢

ومن هـذا النص نستنتج الحـالات التى تنعدم فيها رابطة السببية وبالتالي تنعدم المسئولية وهى :

اولا :- القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ :-

وهما لفظان مترادفان أو اصطلاحان يدلان لأن على معنى واحد ولذلك فلا محل للتمييز بينهمــــا .

والمقصود بالقوة القاهــرة أو الحادث المفاجئ ، حادث خارجي لا يمكن توقعه ، ولا دفعه فيؤدى مباشرة إلى حصول الضرر .

ومما سبق ذكره يتبين أنه لابد من توافر شروط أربعه لتحقق القوة القاهرة وهى . (١) :-

١- أن يكون حادثا خارجيا : أي أجنبيا عن المدعى عليه لا يد له فيه فلا يكون راجعـا إلى خطئه أو خطأ من يسأل عنهم من تابعيه أو المشمول برقابته أو حراسته .

٢- أن يكـون غـير ممكن توقعـه أو تلافيـه ـ وهذا أمر يرجع إلى معيار موضوعي لا شخصي ومعنى ذلك يجب أن يكـون عـدم الإمكان قائماً بالنسبة لأي شخص عادى إذا وجـد في نفـس الظـروف الخارجيـة للمدعـى عليــه .

٣- أن يكون مما لا يمكن دفع نتائجه وهذا أيضا معيـار موضـوعي لا شخصي ومعنى ذلك أنه يجـب أن يكون من المستحيل على أي شخص عادى لـو وجـد فى نفس الظروف الخارجية للمدعى عليه ـ أن يتجنب نتائج الحادث فمثلاً : انفجار إطار السيارة لا يعتبر حادثاً مفاجئاً فضـلاً عن كونه متوقعا فإن السائق يستطيع أن يتجنب نتائجه بمزيد من العناية

٤- يكون الحادث هو السبب المباشر للضرر - أي يجب أن يكون الحـادث المفاجئ هو الذى سبب الضرر حتى تتوافر رابطة السببية بين الحـادث والضرر بخـلاف ما إذا كان الحادث لا علاقـة له بالضرر فانـه لا ينبغى رابطة السببية بين خطأ المدعـى عليـه والضـرر .

---

(١) د / لبيب شنب دروس فى نظرية الالتزام ص ٣٧٦ سنة ١٩٧٦ م

فإذا توافرت الشروط السابقة للقــوة القــاهرة انقطعـت رابطـة السـببية وانعدمت المسئولية التقصيرية . والقوة القاهرة مثل الفيضانات ـ والـزلازل والبراكـــين و الأوبئـــــة .

ثانياً : خطــأ المضــرور :-

إذا انفرد المضرور بالخطأ انتفت رابطـة السببية . وبالتـالي تنتفــي المسئولية ، أمـا إذا أشترك المضرور فـي الخطــأ مــع المســئول فتخفـف المسئولية ـ ولتحقق ذلك يجب أن يوجـد خطــأ مـن المضـرور المميز . وأن يكون هذا الخطأ هـو السبب المباشـر للضـرر ـ وبنـاء علـى ذلك إذا أوقـف شخص سيارته في مكان غير مخصـوص للوقـوف فيـه فـألقى شـخص رغـم ذلك علـى سيارته بجسـم صلـب فحطـم زجاجـها فـإن خطـأ صـاحب السيارة بالوقوف في الممنوع لا يكون هو سبب الضرر الحاصل له وبالتالي لا يقطع رابطة السببية بين خطأ ملقى الجسم ـ وكسر زجاج السيارة بخـلاف مـا لـو ألقى شخص بنفسه أمـام السيارة قـاصداً الانتحـار فـلا يعتـبر قـائد السيارة مسئولاً عن إصابته . ولو كان وقت حدوثها يمر بسرعة فائقة . (١)

ثالثاً : خطـــأ الغـــير :- (٢)

المقصــود بالغـــير كل شخــص غير المضرور وغير المدعـى عليـه وغير الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه وهـم تابعيـة . والأشـخاص المسئولين برقابته ـ ويشترط لانعـدام رابطـة السـببية بسـبب فعل الغير أن يكون هذا الفعل خاطئــاً ـ أي يتضمـن انحرافـاً عن سلوك الشـخص المعتـاد وأن يكون هو السبب المباشر للضرر ـ وإلا فالمدعى عليــه يظل مسئولاً .

---

١ ـ د / جمال زكى ص ٢٣٢
٢ ـ د / لبيب شنب ص ٣٧

■ إثبات السبب الأجنبي وأثره :-

إن عبء إثبات السبب الأجنبي أيا كان نوعه فإنه يقع على المدعى عليه بجميع شروطه لنفى مسئوليته - ولا يلتزم بأي تعويض قبل المضرور شريطة أن يثبت انه هو السبب الوحيد والمباشر للضرر الذى أصاب المدعى .

فوجود السبب الأجنبي بلا شك يقطع رابطة السببية بين خطأ المدعى عليه والضرر - فبانتفاء ركن من أركان المسئولية تنتفى معه المسئولية ذاتها .

رابعا : عدم المسئولية عن الضرر غير المباشر مثل :-

ما لو ضرب شخص أخر بعصا على رأسه فسبب له الجنون مما دفعه إلى الانتحار فهل يسأل الضارب عن الجنون فقط ؟ أم يسأل عن وفاة الشخص المجنون أيضا ؟ ومثال أخر ما لو باع شخص بقرته لشخص أخر وهى مصابه بمرض معدي فانتقل المرض إلى المواشي الأخرى الموجودة عند المشترى فهلكت جميعها . وأدى ذلك إلى عجز صاحبها عن الوفاء بديون كانت عليه فحجز الدائنون على أرضه وبيعت بالمزاد بثمن بخس - ومرضت زوجة صاحب الحظيرة فعجز عن علاجها فماتت - فهل يكون صاحب البقرة المريضة وهو البائع مسئولا عن تعويض المشترى لها عن كل الأضرار المتقدمة ؟ أم يسأل عن بعضها فقط ؟

الرأي السائد في هذه المسالة هو أن المسئولية إنما تكون بالنسبة للضرر المباشر فقط - أما الضرر غير المباشر فلا يلتزم المخطئ بتعويضه.

وتقدير ما إذا كان الضرر مباشرا أو غير مباشر هذه مسألة موضوعية يتوقف الفصل فيها على ظروف حدوث الضرر وملابساته - وهل كان في استطاعة المضرور أن يتوفى الضرر الثاني يبذل جهد معقول أم لا ؟ فإذا لم يكن في استطاعته أن يتجنبه يعتبر الضرر مباشرا ويسأل عنه المخطئ ، وإلا فلا

" آثار المسئوليــــة التقصيرية "

إذا توافــرت الأركـان الثلاثــة السابقــة للمسئولية التقصيريـة تحققـت المسئولية والتزم المسئول بتعويض الضرر المباشر الـذى الحق المضرور بخطـأه سـواء أكـان الضرر ماديـا أم أدبيـا متوقعـا أو غير متوقـع ومعنـى التزامـه بـالضرر المباشر وحده أنـه لا يسـأل عن الضـرر غـير المباشـر والضرر المباشر يشمل الخسارة التى لحقت بالمضرور والكسب الذى فاتـه والعبره فى تقدير الضرر يوم صدور الحكـــم .

■ كيفيــة تقــدير الضـــرر :-

يجــب علــى القاضي أن يقـــدر الضـــرر وفقــــا للمـــادة ١٧٠ مدنى (مدى التعويض عن الضرر الـذى لحق المضرور مراعيـا فـى ذلـك الظروف الملابسة) التى تلامس المضـرور وتدخـل فـى تحديـد قـدر الضرر الذى أصابه المضرور قد يكون لها أثر كبير على مقدار الضرر الـذى يلحقـه فتشويه الوجه ولو كان قليلا يؤثر فى الممثلة وعارضة الأزياء تأثيرا كبيرا عن غيرها فى المهن الأخرى - وأيضا ضعف البـصر ولـو كـان يسـيرا فأنـه يصيـب السـاعاتي أو الرسـام بضـرر جسيم عن غيره - وأيضا الظـروف العائلية لها دخل كبير فى تقدير الضرر . فالعجز عن العمل ولـو كـان مؤقتـا أو يسـيرا فيصيـب رب الأسرة بضـرر يفـوق علـى مـــن لا يعـول إلا نفسـه فالضرر يقدر تقديرا ذاتيا بالنظر الـى المضـرور بـالذات ، بخـلاف الظروف الشخصية التى تلامس المسئول كظروفه الماليـة - وحالتـه العائليـة فـلا أثـر لـها فـى تقديـر التعويـض الـذى يجـب عليــه . ولا صلـه لـها علـى وجـه الخصوص بين قدر التعويض الذى يستحقه المضرور وجسامة الخطـأ الـذى ينسب إلى المسئول . (١)

---

١ د / جمال الدين زكى ص ٣٣٤ وما بعدهـــــا

طرق التعويض

الأصل فى التعويض أنه يقدر عادة بمبلغ نقدى محدد غير أنه يجوز أن يكون إيراداً مرتباً أو مقسطاً وخصوصاً فى حالات العجز المؤقت أو الدائم عن العمل فتكون هذه الطريقة أنسب لجبر الضرر ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً . (١)

ويجوز فى بعض الحالات أن يكون التعويض عينيا كإعادة الحالة إلى ما كانت عليه كهدم حائط بنى ندون وجه الحق أو بالتعسف باستعمال الحق (٢) كما يجوز للقاضى فى بعض الحالات أن يحكم بأداء أمر معين يتصل بالعمل غير المشروع كنشر الحكم فى الصحف على نفقة المحكوم عليه لتعويض المقذوف في حقه عن الضرر الأدبي الذى أصابه (٣)

■ تقادم دعوى المسئولية التقصيرية :-

تنص المادة ١٧٢ مدني على أنه (تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه - وتسقط هذه الدعوى على كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية .

---

(١) م ٧١ / ١ مدني
(٢) م ١٧١ / ١ مدني ومجموعة أعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٩٦
(٣) م ١٧١ / ٢

■ ما هي المحكمة الخاصة بدعوى التعويض :-

الأصـــل في دعوى التعويض أنها اختصاص المحاكم المدنية وفيما يتعلق بالاختصاص المحلي تختص بها أمام المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو المحكمة التي يقع دائرتها المكان الذي ارتكب فيه الفعل الضار و الاختيار أم راجع للمضرور أما إذا كانت دعوى التعويض ناشئة من فعل بعد جريمة جنائية . فإنه يجوز رفعها أمام المحكمة الجنائية تبعا للدعوى العمومية شريطة أن يكون الضرر ناشئا من الفعل ذاته المكون للجريمة التي رفعت من أجلها الدعوى على المتهم ـ وإلا فلا يجوز رفع دعوى التعويض إلى المحكمة الجنائية . وبهذا أخذت محكمة النقض . (١)

■ المسئولية رغم انتفاء السبب :-

أن المادة ١٦٥ السابقة نصت على أن تقوم رابطة بين الخطأ والضرر وأن المسئولية لا تقوم إذا انتقلت هذه الرابطة ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك مثل المادة ٢٠٧ التي تنص على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأي صورة كانت ، فإن تبعه الهلاك تقع على السارق ـ أما بالنسبة للاتفاق كاتفاق قائم بين مالك وجار له أنشأ مصنعا للمفرقعات مثلاً يسأل بمقتضاه صاحب المصنع عن أي تلف يحدث في ملكه بسبب انفجار في المصنع ولو كان ذلك نتيجة لقوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو فعل الغير .

■ مسئولـــية الطبيب :-

كانت هذه المسئولية محل نزاع بين الفقهاء والقضاة بالنسبة لطبيعتها أولا ثم بالنسبة لدرجة الخطأ الذي يؤاخذ عليه الطبيب ثانياً .

---

(١) نقض جنائي ٩ يونيه ١٥٣ مشار عليه في مؤلف د / سليمان مرقص

أولاً :- طبيعة مسئولية الطبيب :-

كانت النظرية القديمة تعتبر مسئولية الطبيب تقصيرية لأن الذى يحكمها هو قواعد المهنة ولا يتصور بين الطبيب والمريض عقد صحيح لأن مثل هذا العقد يكون مجهولاً من أحد طرفيه وهو المريض ثم عدل الفقه والقضاء من هذه النظرية واعتبر مسئولية الطبيب تعاقدية ، و الذي أراه أنه يجب تكييف كل حالة على حده . فالمسئولية المبنية على تعاقد بين الطبيب والمريض يجب أن تعتبر تعاقدية . ويجب أن يلتزم الطبيب ببذل الجهد في إزالة العلة دون إهمال أو تقصير . وإذا كانت في حالة مستعجلة ضرورية دون اتفاق ولا التزام قانوني طبقت مبادئ الفضالة - أما إذا كان الطبيب من رجال الجيش أو القوات المسلحة فإنه يخضع للمسئولية التقصيرية لأنه لا يوجد تعاقد بين الطرفين . وإنما هو التزام قانوني . وقد تكون العلاقة بين الطرفين اشتراطا لمصلحة الغير مثل الطبيب الأجير الذى يقوم بعملية لأحد الأشخاص فى مستشفى يعمل الطبيب لحسابها . أما علاقته بالمستشفى فهي علاقة عقدية صرفه . (١)

ثانياً : - درجة الخطأ الذى يوجد عليه الطبيب : -

يوجد نظريتان فى هذه المسألة الأولى تفرق بين الخطأ الفنى وغير الفنى ففي الخطأ الفنى كتشخيص مرض - أو إجراء عمل جراحي لا يسأل الطبيب إلا عن خطأه الجسيم - أما بالنسبة للخطأ العادى - فالطبيب شأنه كشأن أي شخص عادى يسأل حتى عن الخطأ التافه - وأساس هذه النظرية يجب أن يتسع له مجال العمل حتى يمكنه أن يساير التطورات العلمية بشيء من الأقدام ولكن يعاب على هذا الرأي لأن التمييز بين الخطأين صعب ولا أساس به من الناحية القانونية .

(١) د / مختار القاضى - أصول الالتزامات سنة ١٩٦٧ ص ١٤٠

ولذلك يرى أصحاب النظرية الثانية : اعتبار خطأ الطبيب في فنه ككل خطأ يسأل عنه الطبيب ولو كان خطأ تافها حماية للجمهور كما أنها أكثر تمشيا مع قواعد القانون من النظرية الأولى - ولذلك أخذ بها جمهور كبير من الفقهاء على أن هذه النظرية لا تسأل الطبيب إلا إذا كان خطأه ثابتاً ثبوتا قاطعاً .

• **ما هو القياس الذي تقيس به خطأ الطبيب ؟**

يرى الفقهاء أن الشخص الفني الوسط هو الذي يأخذ معيارا للخطأ المهني مع مراعاة الظروف الخارجية للطبيب المراد مساءلته .

• **هل هو طبيب عام ؟ أم هو أخصائي ؟**

ويجب أن ينظر إلى ظروف الطبيب الخارجية هل أجرى جراحة في الصحراء ودون أن يكون لديه معدات وآلات - وكانت حالة المريض تستدعى للاستعجال وبخلاف الظروف الداخلية فلا ينبغي أن يعتد بها. وهل كان الطبيب مرهقا - هل كان حزينا على فقد عزيز لديه، وما يقال على الطبيب يقال على المحامي والمهندس وغيرهما من أرباب المهن . (١)

١- د / محتار القاضي ص ١٣١

الفصل الثاني

= المسئولية عن عمل الغير وعن الأشياء

الأصل أن المسئولية التقصيرية لا تقوم إلا عن الفعل أو الخطأ الشخصي أي عن خطأ ينسب إلى المسئول شخصياً واستثناء من ذلك قرر المشرع المسئولية عن عمل الغير وعن الأشياء . والهدف من ذلك أن المشرع رغبة منه فى تخفيف عبء الإثبات عن المضرور قد أنشأ لمصلحته قرائن قانونية تعفيه من إثبات الخطأ فى بعض الأحوال وتعتبر المسئولية فيها مقررة ابتداء أي مفترضة ترتكز على أساس افتراض الخطأ وافتراض السببية ونريد أن نتحدث فى هذا الفصل عن المسئولية عن عمل الغير وعن الأشياء ، وذلك فى فرعين .

الفرع الأول : فى المسئولية عن فعل الغير :-

أن الشخص يكون مسئولاً عن فعل الغير فى حالتين هما :

حالة من يجب عليه رقابة شخص أخر فى حاجة إلى الرقابة فيكون مسئولاً عن أفعاله الضارة .

وحالة المتبوع ويكون مسئولاً عن أفعال تابعة الضارة وفى تأدية وظيفته أو بسببها (١) ونبين هاتين المسئوليتين فى مطلبين .

---

(١) م ١٧٤ مدنى .

المطلب الأول :- مسئوليــة الرقبـــــاء :-

مسئولية الرقباء عن أعمال تحت رقابتهم تنص المادة ٧٣ فقرة أولى على أنه (كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع يترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز) .

ومن هذا النص يتضح لنا أن للمسئولية في هذه الحالة شروطا يجب توافرها حتى تتحقق وتقوم وهــذه الشروط هــي :-

١) يجب أن يكون هناك التزام بالرقابة ، وهذا الالتزام قد يكون قانونيا كالتزام الأب بالرقابة على أولاده الصغار لولايته عليهم ، وقد يكون قضائيا كالمرآة الحاضنة بحكم قضائى فهى ملزمة بمراقبة وتربية الولـد ، وقد يكون التزامه اتفاقيا كما هو الشأن فى مستشفى الصحة النفسية مع أحد المرضى ولو رضيت الأم بإقامة ولدها ، اليتيم ، فإن قبولها للمساكنه يحمل اتفاقا ضمنيا على قبولها لواجب الرقابة ، ولكن يلاحظ أن مسئوليــة الأب تسقط فى حالـــة أخـــذ الولـــد مـــن أبية بحكـــم قضائـــي (١)

٢) أن يكون المشمول بالرقابة فى حاجة إليها بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، فالصغير فى حاجة إلى الرقابة لقصره والمجنون فى حاجة إليها لحالته العقلية والأعمى كذلك لحالته الجسمية ، غير أن أظهر حالات الرقابة فى حالة القصر ، ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ حمس عشرة سنة . أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربته (٢)

---

(١) د. مختار القاضي صـ ٧٣
(٢) م/ ١٧٣ مدنى

فالقاصر بلا شك في أشد الحاجة إلى الرقابة حتى يبلغ من الخامسة عشرة ويتولى الرقابة عليه الولي على نفسه .

ولا تسقط عن القاصر الرقابة إلا ببلوغه سن الخامسة عشرة واستقلاله في معيشته وكسب عيشه بنفسه ، أما إذا ظل يعيش في كنف القائم على تربيته رغم بلوغه هذا السن فإنه يظل مسئولاً وملتزماً بالرقابة إلى بلوغه سن الرشد واستقلاله في معيشته ومن هنا تزول الرقابة وإذا زالت الرقابة زالت المسئولية .

ولا يسأل الوصي عن أعمال القاصر ما دام الوصي لا رقابة له على هذا القاصر لأن الوصاية قاصرة في هذه الحالة على المال .

• انتقال الرقابة :-

تنتقل الرقابة على القاصر من أبيه أو الولي على نفسه (إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم) (١) وأيضاً (تنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج)(٢)

وينقضي الالتزام ببلوغ السن خمس عشرة سنة أو يبقى يعيش في كنف والديه ومن هنا فلا مسئولية على أحد من فعله ...

١- م ١٧٣ مدني
٢- الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٠٧

٣) يجب أن يقع من الخاضع للرقابة فعل غير مشروع - أي يصدر منه خطأ ينجم عنه ضرر للغير مع ملاحظة أن مسئولية متولى الرقابة قائمة حتى ولو كان الخاضع للرقابة غير مميز ، وبخلاف ما لو كان الفعل غير المشروع قد وقع عليه فلا يكون متولى الرقابة مسئولاً عنه إلا فى حدود المبادئ العامة . (١)

• **أساس المسئوليـــــة :-**

أن المسئولية في هذه الحالة تقوم على أساس خطأ مفترض: ، وهو الإخلال بالتزامه بالرقابة الذى أوجبه عليه القانون أو القضاء أو الاتفاق ، فإذا أرتكب الخاضع للرقابة عملاً غير مشروع افترض أن متولى الرقابة قد قصر فى رقابته .

وبناء على ذلك إذا توافرت الشروط السابقة للمسئولية فإن المكلف بالرقابة يكون مسئولاً عن الفعل الضار الذى ارتكبه المشمول بالرقابة فيلتزم بتعويض الضرر الذى لحق الغير من جراء هذا الفعل ، وذلك دون حاجة إلى إثبات خطأ فى جانبــه .

ويترتب على ذلك أن المضرور لا يلتزم بإثبات أن الأب أو المعلم مثلاً قد أهمل فى رقابة القاصر وأن هذا الإهمال هو السبب فى الضرر ، بل يكفى أن يقيم الدليل على أن مرتكب الضرر فى حاجة إلى الرقابة ، وأن المدعى عليه هو الملتزم قانوناً أو قضاءاً أو ثقافياً بالرقابة عليه ومتى تم ذلك تحققت المسئولية . (٢)

ولذلك تقوم المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى (فإذا أقيم الدليل على خطأ من وقع منه الفعل الضار ترتبت المسئولية وفقاً لأحكام القواعد العامة ، أما من نيطت به الرقابة عليه ، فيفترض خطأه باعتبار أنه قصر فى أداء واجب الرقابة (٣)

---

(١) د / جمال الدين زكى ص ٢٣٨
(٢) المادة ١٧٣ / مدنى
(٣) م الأعمال التحضيرية ج ٢ س ٧ ٤

▪ رفــع مسئوليــة متولي الرقابـــة :-

تنص المادة ١٧٣ / ٣ على أن(المكلف بالرقابة يستطيع أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو إذا أثبت أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية)

ومن هذا النص نستنبط أن المكلف بالرقابة يستطيع دفع هذه المسئولية والتخلص من الالتزام بالتعويض في حالتين .

• الحالة الأولى :-

نفي الخطأ ومعنى ذلك أن يثبت الرقيب أنه قام بواجب الرقابة المفروض عليه كما يجب ، وبناء على ذلك حكم بأنه إذا ثبت وجود مراقب على التلاميذ أثناء لعبهم وكانوا يلعبون لعبة ليست خطرة بطبيعتها فإن إدارة المدرسة لا تسأل عن أي أذى يصيب أحدهما من زميل له أثناء اللعب وأيضا لا تسأل إدارة المدرسة إذا انتهز تلميذ فرصة انشغال المدرس بالكتابة على السبورة واعتدى على زميل لـــه (١)

فإثبات القيام بهذا الواجب يوجب إثبات أنه قد قام بعمل اللازم لمنع المشمول بالرقابة من ارتكاب الفعل الضار وعلى ولي النفس أن يثبت أنه قام بتربية القاصر وتهذيبه وفق ما يقوم به الأب المعتاد بتربية أبنائه وتهذيبهم (٢) .

فإذا أثبت ذلك انتفت المسئولية عن الضرر الذي فعله الخاضع للرقابة وانتفى معها التعويض .

---

(١) د / محتار القاضي ص ١٧٦
(٢) د / لبيب شنب ص ٣٧٢

الحالة الثانية : نفي رابطة السببية :-

فإذا كانت هذه المسئولية تقوم على خطأ مفترض أو على قرينه الخطأ فإنه يجوز لمتولي الرقابة أن ينفي صلة السببية بين خطأه المفترض والضرر الذى حدث (إذ أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي مَن العناية . فهذه الحالة تفترض أن الرقيب لم يقم برقابة ما ولكن رقابته ما كانت تمنع ارتكاب الحادث ، وبهذا قضت محكمة الزقازيق بأن إدارة المدرسة لا تسأل عن حادث يقع فجأة من تلميذ على أخر .

فى وقت كان الضابط المنوط برقابة التلاميذ لا يراقبهم إنما اكتفى بوجوده فى غرفته وقد ذكرت المحكمة أن وقوع الحادث فى سرعة ومفاجأة معناه أنه كان يقع مهما كانت الرقابة شديدة وحازمة ودقيقة إذا ما كان يمكن تلافيه بحال من الأحوال وجملة القول فيما سبق ، أن مسئولية الرقيب تعتبر مبنية على خطأ مفترض وهو إهمال واجب الرقابة ولكنه قابل لإثبات العكس بدليل مضاد وقيام مسئولية الخاضع للرقابة إلى جانب مسئولية الرقيب أن قيام مسئولية متولي الرقابة لا يمنع من مسألة الخاضع لها فى حدود القواعد العامة عن الفعل غير المشروع الذى صدر منه ويستطيع المضرور أن يرجع على أحداهما .

أو على الأخر أو عليهما معا - فإذا رجع المضرور على متولي الرقابة . واستوفى منه حقه فى التعويض كان لهذا الأخير أن يرجع على الخاضع لرقابته فى نطاق المبادئ العامة .

المبحث الثانى
فى
مسئوليــة المتبــوع

تنص المــادة ١٧٤ مدنى على أن يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعــه بعملــه غير المشروع متى كـان واقعا منـه أثنـاء تأدية وظيفــتــه أو بسببهــا .

٢) وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعــة متــى كانت له سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه .

ومــن هــذا النص نستنبط بأن مسئوليــة المتبــوع ـ وهـو كـل شـخص يكـون بينــه وبـين مــن صــدر منــه الخطأ في علاقة تبعية وتتحقق بتوافــر شــروط ثلاثــة ....

١- أن توجد علاقة تبعية بين شخصين تابــع ومتبــوع .
٢- أن يرتكب التابع فعلاً غير مشروع يقيم مسئوليته وفقاً للقواعد العامة
٣- أن يرتكبه فى حالة تأدية وظيفته أو بسببهــا .

• واليكــم بيــان كـل شــرط منهــا ....

الشرط الاول :- <u>علاقــة تبعيــة</u> :-

كعلاقــة الرئيس بمرؤسه والسيد بخادمــة ورب العمل بعمالـه ومنـاط هذه التبعية أن يكون للمتبوع على التابع سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه . ولــم يكــن هــو الذى اختــاره أو لــم يكـن لــه حـق فصلـه .

فعلاقــة التبعيــة توجـد بين شـخصين أحدهمــا لــه سلطــة فعلية ورقابة الأخر وتوجيهه ومعنى ذلـك أن يكـون للمتبـوع حق إصدار الأوامر إلى التابــع وتوجيهــه .

---

(١) الوجيز ـ د السنهورى صـ ٣٥٨ وبعدهـــا

فيما يستخدمه فيه وهذه العلاقة تقوم فى كثير من الحالات بناء على عقد وفى الغالب يكون عقد عمل كالعقد المبروم بين رب العمل والعامل والسيد والخادم أو السائق أو الطاهي ، ولكن ليس هذا بشرط حيث يكفى قيام سلطة الرقابة والتوجيه فحسب دون أن يكون هناك سلطة عقدية ، وبناء على ذلك فإذا قامت السلطة الفعلية قامت رابطة التبعية حتى ولو كان العقد باطلاً أو لم يكن هناك عقد أصلا ولذلك حكم بأن الأب الذى يصرح لابنه باستعمال سيارته لاصطحاب أصدقائه إلى مكان معين فهذه الحالة يتوفر فيها صفة المتبوع علما بأن تصريح الأب لأبنه لا يعتبر عقداً ومع ذلك قامت رابطة التبعية فى هذه الحالة بين الأب والابن الموجود سلطة الرقابة والتوجيه وإصدار التطيمات إليه ، أما إذا استولى الابن على السيارة بدون علم أبيه فإن رابطة التبعية لا يحقق لانتقاء السلطة .

ولكن ما المقصود بحق الرقابة والتوجيه . هل الرقابة الإدارية والفنية أم الإدارية فقط الحق أن المقصود هو حق الرقابة والتوجيه من الناحية الإدارية لا من الناحية الفنية . ولذلك يعتبر مدير المستشفى متبوعا للطبيب الذي يعمل بها ولو لم يكن المدير طبيبا . ويعتبر مالك السيارة متبوعا للسائق ، ولو كان المالك يجهل فى القيادة .

وقيام هذه السلطة بلا شك يوجب عدم استقلال التابع عن المتبوع فيما يؤديه من عمل لحساب المتبوع . أما إذا كان القائم بالعمل مستقلا فيه فلا يعتبر تابعا وبناءا على ذلك فلا يعتبر سائق السيارة الأجرة تابعا للراكب لأنه مستقل عنه وليس له حق الرقابة والتوجيه بخلاف مالك السيارة فإنه يكون مسئولا عن سائقها لرقابته وتوجيهه .

■ ما الفرق بين هذه الرقابة وسابقتهـــا ...

إن رقابة المتبوع على تابعه تتميز عن رقابة متولي الرقابــة علـى الحاضر لرقابته ، حيث أن الأولى تكون على عمـل يقـوم بـه التـابع لحساب المتبوع كرقابة الرئيس على مرؤ سه . ومالك السيارة على سائقه . والسيد على خادمه والمالك على البـواب . بخـلاف الثانيـة فإنـها لا تكـون فـى عمل معين يتـم لحسـاب متولـى الرقابـة كرقابـة الأب علـى ابنـه ، والـزوج علـى زوجته ، والمشرف فى الحرفة على صبيه . و الوصى على القاصر .

• الشـــرط الثانـــى :-

أن يرتكب التابع خطأ يضر بالغير حيث تقوم المسئولية وفقا للقواعد العامـة . فـإذا تحققت مسئولية التـابع بتوافـر أركانـها ، تحققت مسـئولية المتبوع ولذلك يجب على المضرور أن يقيم بإثبات الخطأ فى جـانب التـابع . إثبات الضرر وعلاقة السببية بينهما (ومتى ثبت هذا الخطأ ، أصبـح التـابع نفسه مسئولا عن خطأ ثابت . وأصبح المتبوع مسئولا عن خطـأ مفـروض . وأصبح الأثنان مسئولين بالتضامن عن تعويض المصاب ولهذا المضـرور. ولهذا من حقه أن يرجع على أيهما شاء ، وإذا رجع على أحدهما ونال منه كل التعويض المستحق فلا رجوع لـه علـى الأخر . وإذا كـان رجوعـه علـى المتبوع فللمتبوع أن يرجع على تابعه بما دفعـه من التعويض بسبب خطـأه أما إذا كـان رجوعـه علـى التـابع فليس لـهذا أن يرجـع علـى متبوعـه لأن الخطأ المفروض فى جانب المتبوع إنما يقـوم فـى العلاقـة مـا بيـن المتبـوع والمصاب . لأن العلاقة بين المتبوع والتابع . (١)

---

(١) الوجيز - د. السنهورى صـــ ٣٦١

• **الشـــرط الثالـــث :-**

أن يكـون الخطـأ الـذي ارتكبـه التـابع بسـبب تأديــة وظيفتــه أو القيــام بالأعمال المتعلقة بها مثل :-
مخالفة طبيب أصول مهنة الطب فى إجراء عملية جراحية وترتب علــى ذلـك وفاة المريض ، أو مثل البواب الذى تسلم رسالة لأحـد الأشـخاص القـاطنين فـي العمـارة فـاختلس مـا فيـها أو أتلفـه فالخطـأ هنـا يكـون متعلقـا بأعمـال وظيفته سواء أكان هذا الخطأ بناء على أمر المتبوع أو بعلمه أو بغير علمه أو بالرغم من معارضته .
أما الخطأ الذي يقع من التابع لسبب أعمـال الوظيفـة بمعنــى أن يتصل بـها اتصال المعلول بالعلة حيث يمكن القول بأنه لولا الوظيفة لما وقع الخطأ مثل ما لو تربص عامل فى مدرسـة لناظرهـا مصممـا علـى اغتيالـه لاعتقـاده أن الناظر يؤنبه فـاقترب العـامل من سـيارة النـاظر متظـاهرا بأنـه يفتـح بابـها بوصفه رئيسا له وقتله بسكين كانت فى يده ، فخطأ الجاني فـى هـذه الحالـة قد وقع منه بسبب الوظيفة مثل ـ السـائق الـذى تـرك السـيارة وبـها مفتـاح الحركة لخفير الزراعـة فعبث الخفير بالمفتـاح فـانطلقت السـيارة وأصـابت شخصين بالطريق فإن خطأ الخفير يكون قد وقع منه بسبب الوظيفة .

■ **اساس هذه المسئولية :-**
وقبل أن تبين هذه المسئولية فلابد أن نطرح سؤلا ألا وهـو لمـاذا جعل المشـرع المتبـوع مسـؤولا عن الضـرر الـذى يحـدث مـن فعـل تابعـه ؟؟ والإجابـة عن ذلـك تقول بـأن هذا السـؤال أثـار خلافـات كثـيرة فـــى الفقـــــه والقضـــــاء .

مما أدى الى تعدد الآراء فى الإجابة . وأهم النظريات التى أجابت عن ذلك هى نظرية الخطأ المفترض ونظرية النيابة ـ ونظرية تحمل التبعة . (١)

أ- نظرية تحمل التبعة :

يؤسس بعض الفقهاء مسئولية المتبوع على فكرة تحمل التبعة لا على الخطأ ، فالمتبوع باستخدامه نشاط التابع يمد فى شخصيته ويوسع فى نشاطه . وينشأ من ثم خطأ يجب أن يتحمل تبعيته ، فالقانون إذن يجعل المتبوع بمثابة كفيل أو ضامن للتابع فى التزامه بتعويض الغير ولكنهما كفالة من نوع خاص (٢)

فإذا كان المتبوع هو المستفيد من عمل التابع فمن العدالة أن يتحمل المغارم الناتجة عن هذا العمل لآن الغرم بالغنم بصرف النظر عن كون الفائدة مادية أو معنوية مع ملاحظة أن نظرية تحمل التبعة إنما تفسر العلاقة بين المتبوع والمضرور ولا شأن لها .

ب ـ نظرية النيابة :-

ومؤدى هذه النظرية أن التابع يعتبر نائبا عن المتبوع فى القيام بأعماله وعلى ذلك فلو ارتكب خطأ نتج منه ضررا للغير فإنه ينتسب للمتبوع باعتباره أصيلا . ولكن يفترض على ذلك بأن النيابة وفقا للرأى السائد لا تكون إلا فى الأعمال القانونية ولا تشمل الأعمال المادية . كما أن مقتضى النيابة أن يكون المتبوع مسئولا وحده عن خطأ التابع الشخصى .

---

(١) د. محمود جمال الدين زكى صـ ٢٤٣

(٢) د. لبيب شنب صـ ٣٩٦

وهذا أمر يخالف المبدأ المسلم به من قيام مسئولية التابع عن خطأه الشخصي إلى جانب مسئولية المتبوع عن هذا الخطأ .

جـ - نظرية الخطأ المفترض :-

ومعنى ذلك أن مسئولية المتبوع عن تابعه مبنية على خطأ مفترض فى جانب المتبوع لا يكلف المدعى بإثباته (خطأ فى التوجيه والرقابة) وما على المدعى إلا أن يثبت خطأ التابع فيفرض أن المتبوع قد قصر فى توجيه تابعه أو فى رقابته حتى وقع منه هذا الخطأ .

والخطأ المفروض فى جانب المتبوع لا يقبل إثبات العكس ، فلا يجوز له أن يتخلص من المسئولية بإثبات أنه قد اتخذ جميع الاحتياطات المعقولة لتوجيه تابعه .

والرقابة على أعماله كمسئولية متولى الرقابة السابقة . ولكن يجوز للمتبوع فقط أن ينفى علاقة السببية بين الخطأ المفروض والضرر الذى لحق المصاب بأن يثبت بأن هذا الضرر قد وقع قضاءا وقدرا أو بقوة قاهرة بفعل الغير أو بخطأ المصاب فإذا انتفت السببية انتفت المسئولية . (١)

وهذا هو الراجح في نظري لأنه يتمشى مع العدالة والمنطق . وقد أخذت بهذه النظرية محكمة النقض حيث اعتبرت الخطأ هو التقصير فى الرقابة .

---

(١) د. السنهورى - الوجيز صـ ٣٦١ .

الفصل الثالث
في
المسئولية عن الأشياء

تقوم المسئولية عن الأشياء علي فكرة الخطأ في الحراسة . وبين المشرع هذه المسئولية في ثلاث حالات يكون فيها حارس الشيء مسئولا عن الضرر الذي ينتج عنه ، وهي الحيوان والبناء والشئ غير الحي . ونبين كل حالة علي حده .

أولاً : حارس الحيوان:

تنص المادة ١٧٦ مدني علي أن (حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه.)

نستنبط من هذا النص أن هذه المسئولية تتحقق بشرطين :-

• الشرط الأول :-

يجب أن يكون الشخص المسئول حارسا علي الحيوان. وأول قرينه علي الحراسة هي الملكية ولكن تزول الحراسة عن المالك إذا إستؤجر الحيوان من أخر أو وضع الحراسة القضائية . أو في مستشفي بيطرية . ومعني ذلك أن حارس الحيوان مسئول عن الضرر الذي يحدثه هذا الحيوان.

وهذه المسئولية قائمة علي فكرة الخطأ في الحراسة وهو خطأ مفترض في جانب لحراس لا يكلف المتضرر بإثباته. بل لا يستطيع الحارس أن ينفى وجوده وحارس الحيوان هو من له سيطرة فعلية عليه. أي يمسك بزمامه ويلاحظه ويراقبه.ولا أهمية لنوع الحيوان محل الحراسة سواء أكان الحيوان دابة أو طائراً كبيراً أو صغيراً أليفاً أو متوحشاً فحارس كل هذه الأنواع يكون مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه.

• الشرط الثاني:

يجب أن يكون مرتكب الضرر حيواناً، ومعني ذلك أن يكون الضرر منسوبا إلي فعل الحيوان سواء أكان الضرر بركوبه أو نتج عن عربه يقودها هذا الحيوان وسواء أكان الضرر إنساناً يقتله أو يجرحه أو إتلاف ماله أو حيوان أخر .

▪ أساس المسئولية:

أن هذه المسئولية مبنية على فكرة الخطأ في الحراسة، فالخطأ مفروض في جانب الحارس بمجرد حدوث الضرر وبناءً علي ذلك لا يكلف المضرور بإقامة الدليل عليه وافتراضه لا يقبل إثبات العكس.

▪ التخلص من المسئولية:

يتخلص الحارس من المسئولية إذا أثبت أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه كقوة قاهرة. أو خطأ المضرر كما لو كان هو الذي أطلق الحيوان أو استفزه أو أدخل منزلا بدون إذن فعضه الكلب أو ركب الحيوان مخاطرة علي غير علم من صاحبه. أو كان الخطأ بفعل الغير كما لو سرق الحيوان من حارسه بغير إهماله منه.

ولكن ما الحكم إذا أقترب الإنسان من حيوان مفترس كما في حديقة الحيوان ولم يمنعه الحارس بالقوة رغم انه حذره. والذي أراه أن مهمة الحارس لا تقتصر علي التحذير بل تمتد إلى المنع ولو بالقوة. ولو قلنا غير ذلك لكان بمثابة إعفاء ضمني من المسئولية التقصيرية..

وهو أمر لا يقره القانون (١) وبهذا أستقر القضاء الفرنسي والقضاء المصري (٢) .

فإذا انتفت علاقة السببية بين فعل الحيوان والضرر الذي حدث انتفت المسئولية.

---

(١) د. مختار القاضى صـ ١٨٤ السابق .

(٢) د. م ق م ١٤/٢/٢ ٥ - ٤٤/ ١٩٧٤

ثانياً - حارس البناء:-

تنص المادة ١٧٧ علي أن (حارس البناء ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر. ولو كان انهداماً جزئيا ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه.

تنص المادة ٦٥١ علي أن (المهندس المعماري والمقاول مسئولين متضامنين عما يحدث خلال عشرة سنوات من تهدم كلى أو جزئي فيما شيدوه من مباني أو أقاموه من منشآت ثانية أخرى وذلك ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ما لم يكن المتعاقد في هذه الحالة قد أراد أن تبقي هذه المنشآت مدة أقل من عشرة سنوات.)

فلو نظرنا إلي هذين النصيبين نجد اولهما يوجب المسئولية علي حارس البناء وهو من له السيطرة الفعلية علية ويكون ملتزماً بصيانته ومنعه أن يكون مصدر ضرر للغير. ولو كانت سيطرة غير مشروعة كالتي تثبت لمقتضب بناء الغير. والبناء مجموعة من المواد مهما كان نوعها خشباً أو جيراً أو جبساً او حديداً أو غير ذلك مما شيدته يدأ إنسان لتصل بالأرض اتصال قرار (١) .

---

(١) د. السنهوري جـ١ الوسيط فى ٧١٤ .

أياً كان الغرض الذي يعد له فالعمد التذكارية والتماثيل والقناطير والسدود والأنفاق وأنابيب المياه والمجاري تعتبر بناء فضلاً عن البيوت والمخازن والجدران والأسوار.

أما النص الثاني - فيوجب المسئولية علي المهندس المعماري والمقاول ولكنني أري أن المسئولية أولاً تقع علي حارس البناء وهو الشخص الظاهر أمام المضرور ولا يعقل أن المضرور يذهب ليبحث عن المهندس المعماري والمقاول اللذين قاما بالبناء كما أن المشرع لا يعفي الحارس من المسئولية إذا ثبت أن الهدم كان لعيب في البناء وبناءاً علي ذلك يعتبر الحارس مسئولاً أمام المضرور.

في حالة تهدم البناء ونتج عن ذلك ضرراً سواء أكان التهدم كليا أو جزئياً بانفصاله عن الأرض أو سقوط جزء منه - أما المقاول والمهندس المعماري فيسألان أمام صاحب البناء . أو أمام المضرور باعتبارهما ضامين وفقاً للمادة ٦٥١ التي وردت في عقد المقاولة .

■ فكرة الخطأ في الحراسة والتخلص منها :-

إذا تهدم البناء ووقع ضرر نتيجة لذلك افترض أن تهدمه نتيجة إهمال أو قدم أو عيب وهذا امر يرجع إلي خطأ الحارس حيث أنه قد قصر في صيانته أو في تجديده أو في إصلاحه ونتج عن ذلك ضرر. غير أن الحارس يستطيع أن يتخلص من المسئولية إذا ثبت أن الحارس لا يرجع

سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء ـ أو عيب فيه كان يرجع إلى حريق شبت فيه أو زلزال أسقط جزءا منه أو قنبلة ألقيت عليه في زمن الحرب وغير ذلك مما ينفي علاقة السببية بين خطأ المفترض والضرر الذي أصاب الغير.

ثالثا - مسئولية الأشياء غير الحية « الاشياء الجمادية » .

تنص المادة ١٧٨ على أن كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيها، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة .

▪ شروط المسئولية:

١) يجب أن يكون الشخص قائما بحراسة الشيء ذوي الحظر فالمهندس الميكانيكي مسئولا عن حراسة الآلات الميكانيكية أثناء عملها " وحارس محل البنزين أو المفرقعات مسئول عما يحدثه من انفجاراته سواء أكان الحارس صاحبه أو غير صاحبه.

٢) يجب أن تكون الأشياء الواقعة تحت الحراسة تتطلب عناية خاصة لإنهاء أشياء خطرة كمحلات البنزين والمفرقعات والمعامل الكيماوية وغير ذلك بخلاف الآلات التي يقودها الإنسان فان المسئولية عن خطرها مسئولية شخصية وليست شيئية لان الفعل في الواقع فعل الإنسان لا فعل الآلة كقيادة السيارات والمحاريث وغيرها .

ثالثاً - أن يقع الضرر بفعل الشيء :-

بمعني أن يكون هذا الشيء قد تدخل تدخلاً إيجابياً في أحداث الضرر ولا يستلزم الأمر تحرك الشيء بحيث لو وضع إنسان حجر كبير في منتصف الطريق أو شجرة فاصطدمت السيارة بأحدها وترتب علي ذلك ضرر لحق بها أو بالراكب كان هذا الضرر راجعاً إلي فعل الشيء رغم عدم تحركها لأنه قد تدخل إيجابياً في إحداث الضرر .

▪ فكرة الخطأ والتخلص من المسئولية :-

كما قدمنا أن أساس هذه المسئولية قائم علي فكرة الخطأ في الحراسة فمتي حدث الضرر كان الحارس مسئولاً حيث وقعت سيطرة علي الشيء وأعفي المضرور من عبأ إثباته وهذا أمر لا يقبل إثباته العكس بان يقيم بأنة قد بذل العناية الخاصة بالحراسة. ولكى يتخلص من المسئولية إذا أثبت أن الخطأ نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كقوة قاهرة ـ أو حدث جبري أو فعل الغير أو أخطاء المضرور وبهذا قضت محكمة النقض (١) ويستثني من أحكام هذه المسئولية الأحكام التي نص عليها المشرع في قوانين التأمينات الاجتماعية.

(١) م ق م ١٢/٤/١٩٧٩ - ٤٥/١٠٧٢ ق ونفس المعنى فى ٩/٢/١٩٧٨ طعن ٤٥/٢٧١ ق - ونقض ٦/١٢/١٩٧٧ .
الطعن في السنة ٤٤ ق - وتقضى م ٢٨ / ٢٤٨٥
وتقضى ١/٣/١٩٧٧ - وتقضى م - ٢٨ - ٥٩١ ونقض ٢٣/١١/١٩٦٦
ونقض ١٢/١٢/١٩٦٣ - م ق م

﴿ الفهرس ﴾

